Die Grundsätze der Ersatzerbfolge nach römischem und bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Anders

aus Posen

Gerichtsassessor am Kgl. Amtsgericht in Breslau.

ACAD. LAND BAT. BERL.

Approbiert am 16. Juni 1910.

Hildesheim.
Druck von Gebr. Gerstenberg.
1910.

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder.

Meinen Eltern in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Römisches Recht.

A. Einleitung: Begriff und Einteilung . . . . . Seite 1
B. Ausführung . . . . . „ 3
α) Die Vulgarsubstitution . . . . . „ 3
I. Allgemeine Grundsätze . . . . . „ 3
II. Besondere Grundsätze . . . . . „ 6
1. Während des Schwebens der Bedingung . . . „ 6
2. Bei Fortfall der Bedingung . . . . . „ 7
3. Bei Eintritt der Bedingung . . . . . „ 13
III. Mehrheit von Erben und Ersatzerben . . . . . „ 13
β) Die Pupillarsubstitution . . . . . „ 17
I. Allgemeine Grundsätze . . . . . „ 17
II. Besondere Grundsätze . . . . . „ 18
1. Subjekt der Pupillarsubstitution . . . . . „ 18
2. Errichtung und Zeitdauer derselben . . . . „ 20
3. Erfordernisse zur Gültigkeit derselben . . . . „ 21
4. Umfang derselben . . . . . „ 21
5. Vorhandensein einer tacita substitutio . . . . „ 24
6. Belastung des Pupillarsubstituten mit Vermächtnissen . . . . . „ 29
7. Erwerb der Pupillarerbschaft . . . . . „ 30
8. Mehrheit von Pupillarsubstituten . . . . . „ 34
9. Erlöschungsgründe derselben . . . . . „ 35
γ) Die Quasipupillarsubstitution . . . . . „ 38
I. Bestehen derselben in der vorjustinianeischen Zeit . „ 38
II. Aenderung derselben durch die Gesetzgebung Justinians „ 40
1. Allgemeine Grundsätze . . . . . „ 41
2. Besondere Grundsätze . . . . . „ 41
a) Subjekt der Quasipupillarsubstitution . . „ 41
b) Mehrheit von Substituenten . . . . . „ 43
c) Befristung der Substitution . . . . . „ 44
d) Erfordernis der Testamentserrichtung für den Substituenten . . . . . „ 45

e) Ungültigkeit derselben bei Enterbung des wahnsinnigen Descendenten . . . . . Seite 46
f) Umfang derselben . . . . . „ 46
g) Vorhandensein einer tacita substitutio qu. p. „ 48
h) Verhältnis mehrerer Quasipupillarsubstituten zu einander . . . . . „ 48
i) Erlöschungsgründe . . . . . „ 48
k) Verbot der Ausdehnung auf ähnliche Fälle „ 49

Bürgerliches Recht.

A. Einleitung: Begriff und Einteilung . . . . . Seite 49
B. Besondere Bestimmungen . . . . . „ 50
1. Unwirksamkeit der Einsetzung zur Zeit des Erbfalls oder später . . . . . „ 51
2. Zulässigkeit derselben auch für einen gesetzlichen Erben „ 52
3. Suspensivbedingung oder condicio juris? . . . . . „ 53
4. Anwendung der Grundsätze der Erbeinsetzung . . . „ 56
5. Umfang der Ersatzerbfolge . . . . . „ 56
C. Mehrheit von Erben und Ersatzerben . . . . . „ 57
D. Bestimmung des § 2102 B. G. B. . . . . „ 60
E. Deliberationsfrist . . . . . „ 61
F. Auslegungsregeln für den casus noluntatis et impotentiae . „ 63
G. Erlöschungsgründe . . . . . „ 63

Literaturverzeichnis.

Archiv für die civilistische Praxis, Heidelberg Bd. II 1819, Bd. V 1822, Bd. IX 1826.

Baron: Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht, Marburg und Leipzig 1864.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, 3 Teile, Leipzig 1901, 1903 u. 1905.

Boehm: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Hannover 1896.

Borcherdt: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Breslau 1900, Bd. II.

Brinz: Pandekten, 2. Auflage, Bd. III.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1900, Abteilung 3, Bd. II, 1. und 2. Auflage.

Dernburg: Pandekten, 7. Auflage, Bd. III.

Dernburg: Preußisches Privatrecht, 5. Auflage, 1894—1897.

Dueffer: De impuberum et aliis substitutionibus, Halle 1848 (Diss.)

Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, 3., 5. Auflage, Bd. III.

Ennecerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht, Marburg 1901, Bd. II, 2. Auflage.

Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Rechts, Berlin 1873, Bd. IV.

Francke: Das Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten, Göttingen 1831.

Frommhold: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Erlangen, Bd. XL, XLI, XLIV.

v. Holzschuher: Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Leipzig 1857, Bd. II.

Hüffer: De substitutione quasipupillari, Diss., Breslau 1853.

Köpcke: Die Rechtsstellung des Ersatzerben und des Nacherben nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Jena, Schwerin 1902.

Koeppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895.

Koch: Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, Berlin 1852, Bd. II. 2.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1901, 3. Teil.

Mackeldey: Lehrbuch des römischen Rechts, Wien 1862, 14. Auflage.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1900, Bd. II, 3. Aufl.
Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Leipzig 1900.
Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903, Bd. I.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts, 1. Auflage, Berlin 1902.
Pelargus: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Stuttgart 1899.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1902, Bd. I u. V, 1. u. 2. Aufl., Bd. V, Berlin 1908.
Puchta: Pandekten, Leipzig 1877, 12. Auflage.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht, Leipzig 1861, Bd. III, 2. Aufl.
Strohal: Das deutsche Erbrecht, Berlin 1901, 2. Auflage.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3./4. Auflage, München 1909.
Strohal: Transmission pendente condicione, Graz 1879.
Unger: Das österreichische Erbrecht, Leipzig 1864.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Marburg und Leipzig 1876, Bd. II, 7. Auflage.
Vogt: Ueber die sogenannte tacita substitio, Diss., Breslau 1896.
v. Wening-Ingenheim in der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß", Gießen 1830, Bd. III.
Weiske: Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, Leipzig 1839 bis 1862, Bd. X.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a. M. 1901, Bd. III, 8. Auflage.

Römisches Recht.

A. Einleitung.

Die Ersatzerbfolge wurde im römischen Recht mit dem Ausdrucke „substitutio“ bezeichnet. Wenn Substitution im allgemeinen jede Maßregel bedeutet, durch welche in irgend einer Beziehung eine Person oder eine Sache an die Stelle einer anderen gesetzt wird, so hat doch dieser Begriff seine Hauptbedeutung im Erbrecht, so daß man bei diesem Ausdruck vorzugsweise an dieses zu denken pflegt.[1]) Der Erblasser kann nämlich in seinem Testamente mehrere Grade[2]) von Erbeseinsetzungen machen, indem er an erster Stelle (primo gradu)[3]) einen oder mehrere Erben instituiert und sich für den Fall, daß diese die Erbschaft nicht erwerben, an zweiter Stelle (secundo gradu) andere Personen als Erben ernennt usw., jedoch nur für den Fall, daß die voraufgehenden Erbeseinsetzungen unwirksam bleiben. Die Erbeseinsetzung primo gradu heißt heredis institutio, die der weiteren Grade heredis substitutio[4]), weil sie an die Stelle zuvor ernannter Erben andere setzt unter der Bedingung, daß jene die Erbschaft nicht erwerben. Eine solche Verfügung kann in jedem Testamente sowohl als Erbeseinsetzung wie als Vermächtnis zu einem vorhergehenden Vermächtnis vorkommen.[5]) Wir haben es hier jedoch nur mit der wichtigeren Art der Substitution zu tun, wonach der Substitut als Universalsuccessor erscheint. Da

[1]) vgl. Weiske a. a. O. Bd. X S. 654.
[2]) l. 36. D. 28,6.
[3]) Gai institut. epit. lib. II, Tit. 4, pr.
[4]) l. 1 pr. D. 28,6.
[5]) l. 50 pr. D. de leg. et fideic. (31.)

eine Substitution dieser Art in jedem Testamente gemacht werden kann, hat sie den Namen vulgaris substituio erhalten.

Im Gegensatze dazu stehen die pupillaris substitutio und die sogenannte quasipupillaris substitutio[1]). In diesen beiden Fällen handelt es sich um Erbesernennungen durch einen Stellvertreter, also um Ausnahme von der Regel, welche die Stellvertretung bei Errichtung eines Testaments ausschließt[2]).

Vulgar-, Pupillar- und Quasipupillarsubstitution wurden als substitutiones directae bezeichnet, weil sie direkte Erbesernennungen enthalten, und ihnen wurde die substitutio fideicommissaria — auch obliqua oder precaria genannt — gegenübergestellt. Diese bestand in einer letztwilligen Verfügung, durch welche einem Erben die Auflage gemacht wird, die ihm angefallene Erbschaft für einen gewissen Fall oder nach einer gewissen Zeit ganz oder zu einem Bruchteil an einen Dritten herauszugeben. Diese Verfügung ist aber keine Erbeseinsetzung, sondern Anordnung eines Universalvermächtnisses. Im allgemeinen ist über den Unterschied zwischen beiden kurz folgendes zu sagen: Während der direkte Substitut unmittelbarer Erbe des Erblassers ist, wird das Recht des fideikommissarischen Substituten nur durch einen eigentlichen heres vermittelt. Infolgedessen wird die direkte Substitution nur dann wirksam, wenn der zuerst ernannte Erbe vor dem Erbschaftserwerbe weggefallen ist; bei der fideikommissarischen Substitution dagegen muß der eingesetzte Erbe die Erbschaft aus dem Testament erwerben, sonst würde es ja an der Person fehlen, durch welche die Vermächtnisse vermittelt werden können[3]). Ist es fraglich, welche Art der Substitution gemeint sei, so wird wohl im Zweifel eher eine direkte, als eine fideikommissarische angenommen werden müssen. Dieser Meinung ist auch das kanonische Recht, das allerdings bezüglich einer Pupillarsubstitution folgende Entscheidung trifft: „ut substitutio directa intelligatur potius quam

---

[1]) pr. § 1 J. II, 16.
[2]) c. 21 pr. C. 6,23.
[3]) l. 181 D. 50, 17.

obliqua“[1]). Hat jedoch der Testator ausdrücklich fideikommissarisch substituiert, oder ist dies nach den gebrauchten Ausdrücken wahrscheinlicher, so muss man auch eine fideikommissarische Substitution annehmen, selbst wenn er sich anderer Ausdrücke bedient hat, als bei fideikommissarischen Anordnungen üblich sind. Dies finden wir gleichfalls in der Stelle des kanonischen Rechts durch die obiger Entscheidung hinzugefügte Beschränkung: „quamquam directa interdum ad fideicommissum ex causa trahatur“ bestätigt.

Als ein Vermächtnis dieser Art ist nach dem Willen des Erblassers auch eine direkte Substitution aufrecht zu erhalten, die als solche nicht zu Recht bestehen kann, wenn sie nämlich in einem Codizill errichtet ist oder über die Jahre der Pubertät hinausreicht, oder wenn sie von einem Soldaten ausgeht[2]).

Da sich wegen der ungleichen Voraussetzungen und Wirkungen der verschiedenen Arten der Substitution ein Gesamtbegriff derselben nicht aufstellen läßt, so wollen wir im folgenden die einzelnen Fälle einer eingehenden Erörterung unterziehen.

B. Ausführung.

α) Die Vulgarsubstitution.

I. Unter Vulgarsubstitution versteht man eine selbständige, direkte Erbeseinsetzung unter der Bedingung, daß ein zuvor eingesetzter Erbe oder aus dessen Person ein anderer die Erbschaft nicht erwerben sollte[3]). Aber nicht in allen Fällen, in denen der Eingesetzte alium heredem effecit, ist der Ausschluß des Substituten allgemein anerkannt. Hat nämlich der Testator einen Unfreien, den er für frei hielt, eingesetzt und ihm für den Fall, daß er nicht Erbe würde, einen Substituten ernannt, so soll der Herr des Sklaven, wenn er diesen die

---

[1]) Cap. 1 de testam. in VI (III, 11).
[2]) § 2 J. II 25; l. 78. D. 36,1; l. 41. pr. D. 29,1.
[3]) pr. J. II, 15; § 4 J. eod.

Erbschaft antreten läßt, dieselbe mit dem Substituten teilen. Begründet wird diese Meinung durch eine, uns von Pomponius angeführte Entscheidung des Kaisers Tiberius betreffs seines eigenen Sklaven Parthenios: „nam divisa hereditas est“[1]). Auch für den Fall, daß der Instituierte später durch irgend eine capitis deminutio aufhört, sui juris zu sein, soll, da es zweifelhaft ist, ob der Testator nicht doch, selbst bei Kenntnis dieses Zustandes, dieselbe Person eingesetzt hätte, eine Teilung der Erbschaft zwischen dem Substituten und dem Gewalthaber, bezw. Herrn des Instituierten erfolgen[2]). Schwierigkeiten aber bietet nach den Worten Julians die Verteilung in solchem Falle: igitur in hoc casu semisses fient ita, ut alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum aequis portionibus dividatur“. Man wird wohl mit Mühlenbruch annehmen müssen, daß hier entweder ein Versehen vorliegt oder eine faktische Besonderheit in der Stelle nicht erwähnt ist[3]). Grundsätzlich wird wohl in Fällen dieser Art der Substitut die Hälfte der Institutionsquote erhalten haben! Ist jedoch ausdrücklich vom Testator gewollt, daß der Institutus nur sich, nicht einem Dritten die Erbschaft erwerben solle, so wird natürlich der Substitut ganz eintreten, sobald der Erbe seine Freiheit verliert. Ein eingesetzter filius familias hingegen schließt, wenn er auf Geheiß seines Vaters antritt, den Substituten aus[4]). Da die Vulgarsubstitution eine direkte Erbeseinsetzung ist, steht sie auch unter den allgemeinen Grundsätzen einer solchen; sie kann daher nur in einem Testament, nicht in einem Codizill gültig angeordnet werden[5]). Erforderlich sind demnach Testierfähigkeit des Erblassers sowie testamentarische Erbfähigkeit und Erwerbsfähigkeit des Substituten; dagegen ist nicht nötig, daß die Erbeinsetzung der Substitution vorangehe[6]).

[1]) l. 42 D 28,5.
[2]) l. 41 D. eod.
[3]) Glück, Bd. 40. S. 353 ff.
[4]) l. 7 D. 29,2.
[5]) § 2 J. II, 15.
[6]) l. 28 D. 28,5.

Bezüglich der Frage, ob die dem eingesetzten Erben auferlegten Bedingungen und Auflagen auch von selbst als dem Substituten auferlegt gelten, gibt uns Gaius im 12. Buch ad legem Juliam et Papiam den Bescheid: „Sub condicione herede instituto si substituamus, nisi eandem condicionem repetemus, pure eum heredem substituere intellegimur“ [1]). Demnach sind die Bedingungen nur dann dem Substituten auferlegt, wenn dies ausdrücklich hervorgehoben ist. Bei Vermächtnissen, die dem Voreingesetzten auferlegt sind, ist jedoch nach einem Reskript von Severus eine tacita repetitio legati substituto anzunehmen, si non fuit evidens diversa voluntas [2]).

Jede Substitution ist eine suspensiv-bedingte Erbeseinsetzung, und zwar besteht die Bedingung bei der Vulgarsubstitution darin, daß der Voreingesetzte oder durch ihn ein anderer die Erbschaft nicht erwirbt [3]). Damit ist sowohl der sogenannte casus impotentiae gemeint, d. i. der Fall, in welchem der Voreingesetzte die Erbschaft nicht erwerben kann, als auch der sogenannte casus noluntatis, wo er sie nicht erwerben will. Es fragt sich nun, ob für den Fall, daß der Erblasser nur eine dieser Möglichkeiten in seinem Testamente berücksichtigt hat, auch die andere als stillschweigend miteinbegriffen zu erachten sei? Der Erblasser hat z. B. in seinem Testament gesagt: A soll mein Erbe sein; will er aber meine Erbschaft nicht erwerben, so soll B mein Erbe sein. Darf man in diesem Fall annehmen, daß der Erblasser auch den Fall des Nichtkönnens stillschweigend damit gemeint habe, oder umgekehrt, wenn er nur diesen erwähnt hat, auch den des Nichtwollens einbegriffen habe? Nach der herrschenden Meinung ist die Frage zu bejahen, gestützt auf l. 23 pr. D. $36_{,1}$ . . .“ . . intellecta matris voluntate . . . . . non dilatura id in mortalitatem, si eum emancipaturum sperasset“ und auf l. 29 § 5 D. $28_{,2}$: „ut ad similitudinem mortis

---

[1]) l. 74 D. eod.
[2]) l. 74 D. de leg. et fideic. (30).
[3]) l. 11 § 5 D. $35_{,2}$.

ceteri casus admittendi sint“ [1]). Aus dem Umstande, daß der Testator dem Erben einen Substituten ernannt hat, muß man wohl annehmen, daß er seine Intestaterben überhaupt nicht berücksichtigen wollte, selbst wenn er nur den einen Fall des Nichtkönnens erwähnt hat; es sei denn, daß er die Substitution ausdrücklich auf diesen Fall beschränkt habe. Da außerdem der letzte Wille des Erblassers nach Möglichkeit aufrecht erhalten werden soll, so wird wohl auch der dies begünstigende römische Grundsatz: casus non expressos sub expressis intelligendos esse“ die Verteidiger der herrschenden Meinung in ihrer Ansicht bestärkt haben [2]).

II. Bei jeder Bedingung unterscheiden wir drei Stadien, das Stadium des Schwebens, das des Wegfalls und das des Eintritts derselben. Wir wollen nun die Wirkungen betrachten, welche bei der Vulgarsubstitution in den einzelnen Stadien hervortreten!

1. Solange die Bedingung noch schwebt, solange also noch die Möglichkeit besteht, daß der Voreingesetzte die Erbschaft erwerben kann, kommen für den Substituten die Vorschriften der bedingten Erbeseinsetzung zur Anwendung. So muß er vor allem nicht nur den Erbfall, sondern auch den Eintritt der Bedinguug, d. h. den Nacheinsetzungsfall erleben [3]). Dies galt auch nach l. 81 D. $29,_2$ für den Fall, daß Miterben sich gegenseitig substituiert waren (nam si mortuus esset ad heredem non transferret substitutionem). Außerdem kann er den Besitz der Erbschaft gegen Kaution nicht beanspruchen [4]), sobald ihn der Voreingesetzte aus einer gleichfalls bedingten Erbeseinsetzung fordert; dagegen kann er in solchem Falle, wenn der Erbe die bonorum possessio secundum tabulas [5])

---

[1]) vgl. Windscheid § 557. S. 266; Sintenis § 174 Anm. 7; Köppen § 80, III.

[2]) vgl. Holzschuher 2 S. 675 Anm. 1. a. M. Mühlenbruch in Gl. Pand. XL S. 301 ff.

[3]) l. 9 D. $38,_{16}$; l. 60 § 6 D. $28,_5$.

[4]) l. 2 § 4 D. $37,_{11}$.

[5]) l. 12 D. $2,_8$.

erlangt hat, von diesem Sicherheitsleistung bezüglich der Erbschaft verlangen[1]).

Da der Substitut den Eintritt des Substitutionsfalles erleben muß, ist auch eine Erklärung desselben über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft seinerseits vor diesem Zeitpunkt ohne rechtliche Wirkung[2]).

Der Substitut ist jedoch berechtigt, dem Voreingesetzten durch den Richter eine Deliberationsfrist stellen zu lassen, während der er die Erbschaft entweder annehmen oder ausschlagen müsse[3]). Zwar sagt die Stelle nicht, daß der Substitut diesen Antrag stellen kann; aber nach der herrschenden Meinung[4]) wird dies allgemein angenommen.

2. Wir wenden uns nun zu dem zweiten Stadium, in welchem die Bedingung defiziert. Wenn nämlich der Voreingesetzte die Erbschaft selbst für sich oder für einen anderen erwirbt, dann ist im allgemeinen das Recht des Substituten erloschen. Wie verhält es sich aber, wenn der Voreingesetzte ein heres suus mit dem beneficium abstinendi ist, und es noch unbestimmt ist, ob er von diesem beneficium Gebrauch machen wird, oder wenn ein heres extraneus sich gegen den Erwerb der Erbschaft hat restituieren lassen? Als suus heres braucht doch der Voreingesetzte die Erbschaft nicht erst anzutreten, sondern er wird mit dem Erbfall auch Erbe. Dies ist jedoch nicht immer der Fall, besonders dann nicht, wenn noch ein postumus erwartet wird. Stirbt nun der suus heres, bevor der postumus geboren wird, und erscheint dieser überhaupt nicht, dann tritt der Substitut ein[5]). Der Substitut wird ferner noch nach dem Tode des suus heres berufen, wenn dessen Erben, auf welche doch nach l. 7 § 1 D. 29,2 das Recht, die

---

[1]) vgl. Windscheid § 554 Anm. 5; Dernburg § 82, Anm. 6.

[2]) l. 13 § 12 D. 29,2; vgl. l. 174 D. 50,17.

[3]) l. 69 D. 29,2.

[4]) vgl. Windscheid § 598,5, 7 S. 422; Sintenis § 184,4; Brinz § 387,1, Puchta § 498,3. a. M. Dernburg § 164,3.

[5]) vgl. l. 84 D. 29,2.

Erbschaft auszuschlagen, übergegangen ist, von diesem Rechte Gebrauch machen. Ueberhaupt kann die Substitution nie wirksam werden, solange noch aus dem Rechte des Instituierten die Erwerbung der Erbschaft möglich ist[1]). Dies tritt auch ein im Falle einer Transmission; darunter verstehen wir die Befugnis der Erben des Erben, eine von diesem noch nicht erworbene Erbschaft anzutreten. Zwar gilt in der Regel der Satz: hereditas nondum adita (acquisita) non transmittitur ad heredis heredes, doch finden sich davon auch Ausnahmen, so besonders bei der transmissio ex jure suitatis; denn der suus heres überträgt ja sein Recht auf seine Erben auch noch vor Erklärung über den Erwerb der Erbschaft, da er dasselbe ja ipso jure erworben hat[2]). Es ist demnach wohl anzunehmen, daß auch die in l. un. § 5 C. 6,51 angeführte Regel: „hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur“ sich nur auf den Erbschaftserwerb eines Extraneus durch Antritt beziehen soll. Eher kann man vielleicht mit Mühlenbruch sagen[3]), daß der Testator durch Einsetzung des suus heres unter einer Potestativbedingung ihm die Eigenschaft eines sogenannten heres voluntarius mitteilt und dadurch bewirkt, daß auch ihm die Erbschaft erst durch Adition erworben wird[4]). Schlägt also der heres suus aus, so liegen die Verhältnisse so, als ob er nie Erbe geworden wäre, und der Substitut ist nunmehr berufen[5]).

Dagegen ist bestritten, ob die in integrum restitutio eines heres extraneus gegen den Antritt der Erbschaft das Recht des Substituten wieder aufleben läßt? Brinz § 373 behauptet, daß durch einmaligen Erwerb der Erbschaft durch den Voreingesetzten der Substitut für alle Zeiten ausgeschlossen sei, auch wenn jener später in integrum restituiert würde. Auf Grund von l. 2 D. 38,9 folgert er dann, daß die Erbschaft

[1]) l. 69 D. 29,2.
[2]) l. 3 C. VI, 30.
[3]) vgl. Glück XL S. 335 a. E.
[4]) vgl. l. 12 D. 28,7; l. 87 D. 28,5; l. 12 D. XI,1.
[5]) l. 20 § 4 D.; l. 87 § 1 D. 29,2.

nicht an den Substituten, sondern an den Fiskus falle. Die Stelle spricht aber von Intestaterben; darf man nun ohne weiteres von dem Rechte der gesetzlichen Erbfolge auf die testamentarische Erbfolge in dieser Weise Schlüsse ziehen? Auch die Stelle von Ulpian, auf welche sich die Verteidiger dieser Ansicht berufen, dürfte nicht als hinreichende Begründung angesehen werden können, da es sich in dem Fall um eine Restitution wegen Insolvenz der Erbschaft handelt und der Substitut ein heres necessarius des Erblassers war[1]).

Dadurch, daß durch die Restitution der frühere Stand der Dinge wieder herbeigeführt werden soll[2]), und dadurch, daß die i. i. restitutio nur insofern einen Unterschied von dem beneficium abstinendi bildet, als sie an eine bestimmte Frist gebunden war, wird man auch folgern können, daß ihre Wirkungen wohl dieselben waren. Es ist demnach anzunehmen, daß durch i. i. restitutio des voreingesetzten Erben die Substitution wieder in Kraft tritt. Folgeweise wird der Substitut, der bereits Erbe geworden ist[3]), bei Restitution des Voreingesetzten wieder aus der Erbschaft verdrängt, wenn er auch den Namen des Erben behält[4]) (cum enim pupillus heres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio heres manebit, qui semel extitit).

Außerdem soll nach Nov. 1 der Substitut noch dann eintreten können, wenn der Erbe binnen Jahresfrist von der gerichtlichen Mahnung an die testamentarischen Auflagen nicht erfüllt hat, sowie dann, wenn der instituierte suus die Erbschaft ausschlägt, um sie als Intestaterbe zu erhalten[5]). Es sollen noch nach dieser Abschweifung einige das Transmissionsrecht behandelnde Punkte erörtert werden. Gibt man nämlich dem Substituten vor dem Transmissar den Vorzug, so spricht dafür im allgemeinen wohl die Erwägung, daß der

---

[1]) l. 7 § 10 D. IV,4.
[2]) l. 24 § 4 D. IV,4; vgl. l. 2 § 10 D. 38,17,
[3]) vgl. Windscheid § 557 Anm. 6.
[4]) l. 7 § 10 D. IV, 4.
[5]) l. 2 § 1 D. 28,6; l. 3 C. h. t.

Testator nur den Eingesetzten, nicht aber dessen ihm meist unbekannten und gleichgültigen Erben dem Substituten habe vorziehen wollen; habe er dies doch gewollt, so habe er es ja leicht (vgl. l. 86 D. 28,5) ausdrücken können.

Justinian räumt dagegen in l. un. § 13 C. VI,51 ganz allgemein und bestimmt dem Transmissar den Vorzug ein, wenn er sagt: non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti etc. Das soll doch heißen: Sind diese gewissen Personen vorhanden, so geht das Transmissionsrecht dem Substitutionsrecht vor. Auch c. 19 C, 6,30, welche von der sogenanten transmissio Justinianea handelt, spricht den Erben des Voreingesetzten den Vorzug zu[1]). Unter dieser transmissio versteht man die Befugnis der Erben des Erben, die Erbschaft während der ihrem verstorbenen Erblasser noch übrig gebliebenen Deliberationsfrist zu erwerben. Sie können dies, wie l. 19 (§ 3) C. l. c. sagt, dann tun, wenn noch kein Jahr verflossen ist, seitdem der Berufene von der Berufung Kunde erhalten hat. Streit herrscht jedoch darüber, wann diese einjährige Frist zu laufen beginne? Die herrschende Meinung rechnet sie nach den Worten Justinians vom Tage der Kenntnis des Erbfalles an, und das wird wohl auch die richtigere Meinung sein![2]) Es haben also die Erben des Voreingesetzten für den Fall, daß die Frist noch nicht verstrichen ist, das Recht vor dem Substituten auf die Erbschaft.

Im Falle des Todes des Erben vor einer Erklärung über die Erbschaft wird aber auch dem Substituten von einigen der Vorzug gegeben, und zwar wegen l. 72 D. 29,2[3]). Wir haben es hier aber nicht mit einer Transmission zu tun, sondern mit einem Fall, in welchem der Testator dem Erben ausdrücklich eine Antretungsfrist gesetzt hat. Da die Bedingung dieser Erbeseinsetzung (der Antritt der Erbschaft innerhalb der vorgeschriebenen Zeit) nicht eingetreten ist und auch

---

[1]) c. 19 C. VI, 30.

[2]) vgl. Dernburg § 166,3, S. 327; Windscheid § 600,1; a. M. Brinz § 389, S. 162.

[3]) l. 72 D. 29,2.

nicht mehr eintreten kann wegen des Todes des Eingesetzten, so muß natürlich der Substitut in sein Recht eintreten, ohne daß die Erben des Voreingesetzten berücksichtigt werden[1]). Diese vom Testator angeordnete Frist wurde cretio genannt, und unterschied man cretio vulgaris (als utile tempus angeordnet) und cretio continua (quia continui dies numerantur)[2]). Eine weitere Einteilung war die in cretio perfecta und imperfecta, je nachdem die Worte: „quodni ita creveris exheres esto“ bei ihrer Anordnung gebraucht waren oder nicht. Trat bei der cretio perfecta der Erbe die Erbschaft nicht förmlich an, so wurde er durch den Substituten ausgeschlossen; bei der cretio imperfecta dagegen mußte er im Falle einer formlosen Antretung die Erbschaft mit dem Substituten teilen[3]). Seit einer Konstitution Marc-Aurels schloß auch eine formlose Erklärung des Erben den Substituten völlig aus, und im Justinianischen Rechte wird der Substitut durch jede binnen der gesetzten Frist erfolgende Erklärung des Instituten, Erbe werden zu wollen, ausgeschlossen[4]). Auch nach dieser Frist kann der Substitut durch das Transmissionsrecht verdrängt werden, es sei denn, daß der Erblasser die Antretungsfrist als eigentliche Bedingung angeordnet hat[5]).

Hat der Erblasser einen Haussohn zum Erben eingesetzt, so ist nach altem römischen Recht aus dieser Einsetzung der Vater allein berechtigt, und eine Ausschlagung seitens des Sohnes führt nicht den Verlust der Erbschaft für den Vater herbei[6]). Nach neuerem Recht kann aber das Hauskind auch sich selber Erbschaften erwerben; es steht jedoch dem Vater die Befugnis zu, wenn der Sohn die Erbschaft nicht antreten will, seinerseits die Erbschaft zu erwerben. Wie verhält es sich nunmehr, wenn dem Haussohn ein Substitut ernannt

---

[1]) vgl. § 2 J. II. 17.
[2]) Gai inst. II. § 171, 173.
[3]) vgl. Gai II. § 176, 177.
[4]) Ulpian 22 § 34, liber sing. regul.
[5]) vgl. Mühlenbruch l. c. S. 345 ff.
[6]) l. 13 § 3 D. 29,2.

ist? Nach der in l. 13 § 3 D. 29,2 enthaltenen Regel: „filius familias repudiando sine patre non nocet patri“ muß man in solchem Fall dem Vater den Vorzug vor dem Substituten geben; man wird aber wohl annehmen müssen, daß, seitdem die Hauskinder sich selber Erbschaften erwerben konnten, der Testator die Substitution habe eintreten lassen wollen, sobald das Hauskind sich selber die Erbschaft nicht hat erwerben wollen. Denn durch diese Aenderung der Stellung des Hauskindes ist die in l. 41 D. 28,5 enthaltene Regel, daß der Substitut nur eintrete, wenn der Voreingesetzte weder sich noch einem anderen die Erbschaft erwerbe, nicht mehr auf Hauskinder, sondern nur noch auf Sklaven anwendbar[1]).

Das Recht des Vaters, die seinem Kinde unter 7 Jahren deferierte Erbschaft, wenn dieses vor dem Erwerb derselben stirbt, für sich zu erwerben, pflegt man als transmissio ex capite infantiae zu bezeichnen[2]); und dieses Recht steht nach § 3 cit. sowohl dem Vater mit patria potestas, als auch dem ohne dieselbe zu.

Wird ein Unfähiger zum Erben ernannt (z. B. ein postumus, der aber nicht geboren wird), so gilt diese Einsetzung als non scripta, und es tritt die Substitution in Kraft, wenn nicht noch ein Institutionsgrad vom Erblasser angeordnet ist[3]).

Die Substitution kommt aber nicht zur Geltung, wenn dem Instituten wegen Erbunwürdigkeit die Erbschaft vom Fiskus entrissen worden ist. Eigentlich müßte man auch hier den Willen des Erblassers, der doch durch Ernennung eines Substituten jede Möglichkeit des Hinfalls seines Testaments hat beseitigen wollen, berücksichtigen und den Substituten dem Fiskus vorziehen; aber nach dem Wortlaut des Gesetzes muß anders entschieden werden: causam enim ad preafectos aerarii misit![4]) Ja selbst, wenn der Substitut das getan hat, dessen Unterlassung die Indignität des Instituten herbeigeführt

---

[1]) l. 3. C. VI, 24.
[2]) l. 18 § 1, 3 C. 6,30; vgl. Windscheid § 601 S. 433.
[3]) l. 1. C. VI, 24; vgl. l. 3 § 6 D. 28,2.
[4]) l. 12 D. 34,9.

hat, soll doch nach l. 15 pr. 29,5: „nam poena illius huius praemium esse non debet“ der Substitut durch den Fiskus ausgeschlossen werden. Die Erbunwürdigheit war in diesem Fall deshalb eingetreten, weil der Erbe die Ermordung des Erblassers nicht durch gerichtliche Verfolgung gerächt hatte.

3. Es bleibt uns jetzt noch das dritte Stadium der Bedingung zu besprechen übrig, in welchem der Eintritt derselben erfolgt. Wenn dies geschieht, wenn also der eingesetzte Erbe weder sich noch einem anderen die Erbschaft erwirbt, dann kommt die Substitution zur Geltung; und zwar erhält der Substitut nicht nur die dem Voreingesetzten bestimmte Erbschaft, sondern unter Umständen noch mehr. Sind z. B. A und B zu Miterben eingesetzt, und ist B dem A substituiert, dem B aber der C, so tritt dieser, wenn B wegfällt, an dessen Stelle und erhält außerdem, wenn dann auch A vor dem Erwerb der Erbschaft stirbt, noch dessen Erbteil infolge des Anwachsungsrechts, wenn der Testator nicht etwa anderweitig über diesen Erbteil bestimmt hat[1]).

Sind mehrere Substituten hintereinander ernannt, so kann auch der letzte gleich eintreten, wenn alle vorhergehenden weggefallen sind; dabei ist die Reihenfolge, in der die einzelnen weggefallen sind, vollkommen bedeutungslos. Hieraus hat sich die Regel für das römische Recht gebildet: substitutus substituto est substitutus instituto, bezw. substitutus substituto instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto.

III. Der Erblasser kann nicht nur einen, sondern eine beliebige Anzahl von Erben und Substituten ernennen[2]). In letzterem Falle ist es fraglich, ob die Substitution dem Anwachsungsrecht vorgeht oder dieses jener? Es können also folgende Fälle eintreten: Der Erblasser hat

a) mehreren Erben Substituten ernannt, und zwar

α) jedem der Erben einen Substituten oder

β) allen Erben gemeinschaftlich einen Substituten,

---

[1]) l. 27 D. 28,6; § 3 J. II, 15. vgl. l. 60 § 3 D. 28,5. l. 9 § 15 D. 28,5. l. 41 pr. D. 28,6. pr. J. II, 15.

[2]) l. 36 § 1 D. 28,6.

b) einem Erben mehrere Substituten ernannt.

In dem ersteren Falle tritt jeder einzelne Substitut beim Wegfall des ihm Voreingesetzten in dessen Stelle, und es wird das Akkrescenzrecht durch die Substitution ausgeschlossen. Gleichgültig ist dabei, ob der Substitut ein Miterbe oder ein extraneus ist. Schlägt er aber auch aus, so reccidit bonorum possessio ad Primum, und zwar ipso jure adcrescet[1]).

Dagegen geht das Akkrescenzrecht vor, wenn (a, β) allen Erben ein Substitut ernannt ist; denn in diesem Fall soll doch der Substitut erst dann berufen sein, wenn alle Miterben weggefallen sind; doch ist auch hier stets auf den Willen des Testators Rücksicht zu nehmen[2]).

Ist einem Erben ein Miterbe substituiert, so geht das Akkrescenzrecht vor; werden nun sämtliche Miterben einander gegenseitig substituiert, so spricht man von einer substitutio reciproca oder mutua; und wird diese Substitution mit den Worten „eosque invicem substituo“ oder sonst kurz angeordnet, so heißt sie substitutio breviloqua oder compendiosa[3]).

Bei einer gegenseitigen Substitution der Miterben gestaltet sich nun das Verhältnis im ganzen ähnlich den Regeln des Anwachsungsrechtes; d. h. die bezüglichen Erbteile mehrerer zusammentreffender substituierter Miterben bilden auch die Norm für die Verteilung der Quote des ausfallenden Miterben, sofern natürlich der Testator nicht eine andere Verteilungsnorm bestimmt hat[4]). Prälegate werden aber nicht mit angerechnet, gehen also nicht auf die Miterben über[5]); dagegen aber das, was ein Miterbe jure accrescendi oder durch andere Vergrößerung seines Erbteils bekommen hat[6]). Schwierigkeiten könnte der Schluß dieser Stelle: „neque interesse, jure

---

[1]) l. 2 § 8 D. 37,11. l. un. § 3, 4, 7 C. VI, 51.

[2]) l. 10 C. 6,26.

[3]) l. 4 § 1 D. 28,6; l. 64 D. de leg. II. l. 8 C. 6,26.

[4]) Für den Fall, daß neben Miterben noch ein Extraneus substituiert ist, bestimmt l. 32 D. 28,6 das Teilungsverhältnis dahin: Titium virilem, ceteros hereditarias § 2 J. II,, 15. l. 24 D. 28,6.

[5]) l. 75 § 1 D. de leg. II.

[6]) l. 5 D. 28,6.

institutionis quisque ex maiore parte heres factus esset, an quod per legem alteram partem alicuius vindicasset“ machen bezüglich der Vorschriften der lex Julia et Papia Poppaea. Da aber die Caduzität im Justinianeischen Recht beseitigt ist, so können wir aus dieser Stelle nur folgern, daß sich die Berechnung auf alles das bezieht, was sich der Erbe infolge gesetzlicher Bestimmung hat aneignen dürfen[1]).

Auch wenn über die Größe des anwachsenden Teils für die einzelnen Miterben keine Bestimmungen gegeben sind, findet sich doch ein Unterschied zwischen der gegenseitigen Substitution und dem Anwachsungsrecht. Da in der Substitution von Miterben eine doppelte Erbeseinsetzung liegt, so erwirbt der substituierte Miterbe den aus der Substitution ihm deferierten Erbteil nicht ohne weiteres ipso jure, sondern er erhält nur das Recht auf diese Quote, kann dieselbe daher annehmen oder ausschlagen. Hat er aber als Institutus die Erbschaft angetreten, so kann er auch die Substitutionsportion nicht mehr ausschlagen, sondern invito quoque ei adcrescit portio; und hat er seinen Erbteil ausgeschlagen, so kann er auch die Substitutionsquote nicht erwerben[2]). Auf Grund von l. 76 § 1 D. 29,2 soll dagegen ein einzelner, einem bestimmten Miterben ernannter Substitut auch nach Ausschlagung der Institutionsportion die Substitutionsquote antreten können[3]). Dies würde aber dem in l. 35 D. pr. 29,2 angeführten Grundsatz widersprechen; außerdem wird wohl, wie v. Vangerow l. c. § 451 entscheidet, Javolenus in l. 76 D. cit. nur das gemeint haben, daß es gleichgültig sei, ob ein substituierter Institutus sich erst über die Substitution und dann erst über die Institution erkläre; denn durch den Antritt der einen erwerbe er ja beide.

Dagegen beruht das gesetzliche Anwachsungsrecht darauf, daß die Miterben, von denen doch an und für sich jeder das Recht auf das Ganze hat, die sich aber durch ihr Neben-

---

[1]) vgl. Mühlenbruch l. c. S. 310—317. v. Vangerow S. 176 l. c.
[2]) l. 35 D. 29,2. l. 41 § 4, D. 28,6; l. 2 D. 29,2.
[3]) vgl. Sintenis III, § 174 Anm. 16.

einanderstehen einschränken, beim Wegfall eines Mitberufenen mit Notwendigkeit eine Vergrößerung ihres Erbteils erhalten, und daß für den Fall, daß die Akkrescenz erst nach dem Tode eines Erben, der seinen Erbteil bereits erworben hat, eintritt, den Erben desselben diese zufällt[1]).

Stirbt aber der substituierte Miterbe, der auch angetreten hat, vor Eintritt des Substitutionsfalles, und schlägt dann ein Miterbe aus, so haben die Erben des Substituten gar kein Recht auf die Erbschaft des Ausschlagenden, weil nur huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas non etiam, si decesserit heredem eius sequitur[2]).

Solange eine gegenseitige Substitution der Miterben besteht, ist das Anwachsungsrecht ausgeschlossen; es tritt aber wieder in Kraft, sobald diese auf irgend eine Weise wegfällt oder wenn die Substitution bedingt ist und die Bedingung nicht eintritt[3]). Sind jedoch nur zwei Miterben vorhanden und sich gegenseitig substituiert, so ist der Erfolg derselbe, ein Unterschied zwischen Akkrescenz und Substitution also nicht vorhanden.

Ein weiterer Unterschied zwischen beiden besteht aber in der Berechnung der Falzidischen Quart. Es werden nämlich Erbteil und Substitutionsportion als Ganzes betrachtet, und nur von diesem Ganzen darf die Quart abgezogen werden, während beim Anwachsungsrecht der Grundsatz gilt: portione gravata accrescente portioni non gravatae quarta deducitur; ist also der akkrescierende Erbteil überschwert, so wird auch von diesem die Quart abgezogen. Es treten hierbei die Miterben nämlich so an die Stelle des Ausscheidenden, als ob dieser selbst noch da wäre oder wie Gauis libro III. de legatis ad edictum praetoris[4]) sagt: si defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret[5]); der substituierte

---

[1]) l. 9 D. 38,16.
[2]) l. 9 D. 38,16 a. E.; vgl. l. 81 D. 29,2.
[3]) l. 2 § 8 D. 37,11; l. 8 pr. D. 37,11.
[4]) l. 78 D. 35,2.
[5]) vgl. Mühlenbruch l. c. S. 330 ff.

Miterbe erwirbt aber die Substitutionsportion aus seiner eigenen Person[1]).

Für den Fall, daß der Erblasser bei der gegenseitigen Substitution aller Miterben einige von ihnen auf einen Erbteil enger verbunden hat (sog. conjuncti), so gehen, wenn einer dieser conjuncti wegfällt, die übrigen den anderen coheredes auf diesen Erbteil vor[2]).

Hat jedoch der Erblasser nur einen Erben eingesetzt und diesem für den Fall, daß er nicht Erbe werden sollte, mehrere Substituten nebeneinander ernannt, so wird man analog der Erbeseinsetzung annehmen müssen, daß sie im Zweifel nach Köpfen die Erbschaft teilen sollen, wenn nicht der Erblasser sie auf bestimmte Bruchteile substituiert hat[3]).

β. Die Pupillarsubstitution.

I. Wir wenden uns nunmehr zu der zweiten Art der römischen Ersatzerbfolge, zu der Pupillarsubstitution. Wie schon oben (Einleitung S. 2) gesagt ist, handelt es sich bei dieser Art von Substitution um eine Ausnahme von der Regel, daß jeder sein Testament selbst machen muß[4]). Glaubt nämlich ein Vater bei seinem Tode unmündige Kinder zu hinterlassen, oder steht zu erwarten, daß noch ein postumus geboren werde, so kann der Vater für diese Kinder für den Fall, daß sie selbst das zur Errichtung eines Testaments erforderliche Alter der Mündigkeit nicht erreichen sollten, als ihr Stellvertreter Erben ernennen. Diese Befugnis stand schon nach altem römischen Gewohnheitsrecht dem Gewalthaber gegenüber den unmündigen Kindern zu, die bei seinem Tode in seiner unmittelbaren väterlichen Gewalt standen und ebenso gegenüber den postumi, die, wenn sie vor seinem Tode geboren wären, in seiner Gewalt gestanden hätten[5]).

---

[1]) l. 1 § 13 D. 35,2.
[2]) l. 41 D. § 4 28,6.
[3]) § 6 J. II 14. l. 9 § 12 D. 28,5.
[4]) c. 21 pr. C. VI, 23.
[5]) pr. J. II, 16. vgl. l. 2 pr. D. 28,6.

Die Bezeichnung Pupillarsubstitution ist aufgekommen, weil die Erbeseinsetzung für einen Unmündigen geschieht [1]), der auch pupillus (sonst impubes) genannt wird, sobald er desiit in patris potestate esse, und weil der Vater gewöhnlich das Kind zu seinem Erben ernannte und ihm für den Fall, daß es nicht Erbe würde oder daß es, zwar Erbe geworden, in der Unmündigkeit verstürbe, einen Substituten einsetzte [2]). Jedoch ist nicht unbedingt nötig, daß der Vater sein unmündiges Kind in seinem Testament einsetzt; er kann es auch enterben und ihm trotzdem einen Pupillarsubstituten ernennen [3]). Notwendiges Erfordernis ist aber, daß er für sich selbst gültig testiert hat.

Die Pupillarsubstitution ist demnach eine direkte Erbesernennung für ein unmündiges, unter väterlicher Gewalt stehendes Kind durch seinen pater familias für den Fall, daß es in der Unmündigkeit sterben sollte.

II. Die Grundsätze, welche für die Pupillarsubstitution gelten, sind folgende:

1. Das Recht zur Pupillarsubstitution ist ein Ausfluß der väterlichen Gewalt; es kann demnach nur ein väterlicher Ascendent, und zwar nur seinen, in seiner Gewalt befindlichen Kindern pupillariter substituieren oder einen Erben ernennen [4]). Dies gilt auch gegenüber den durch Adoption unterworfenen Kindern. Daß diese Gewalt sowohl zur Zeit der Errichtung der Pupillarsubstitution als auch zur Zeit des Todes des Gewalthabers vorhanden sei, wird nicht gefordert; sie muß nur beim Tode allein bestehen [5]). Zu den Gewaltunterworfenen werden auch die nach dem Tode des Erblassers geborenen Kinder gezählt [6]), welche bei früherer Geburt

---

[1]) l. 2 § 9 D. 50,16.

[2]) pr. J. II,16.

[3]) § 4 J. 2,16 vgl. l. 1 § 2 D. 28,6.

[4]) l. 10 § 6, l. 2 pr. D. 28,6.

[5]) l. 41 § 2 D. 28,6; vgl. Mühlenbruch l. c. S. 370 ff.; a. M. Holzschuher S. 686,2.

[6]) vgl. Windscheid § 559,1[3].

unter seiner unmittelbaren Gewalt gestanden hätten (postumus plane possumus)[1]). Aber nicht nur der Vater, sondern auch entferntere Ascendenten können ihren Descendenten einen Erben ernennen, allerdings nur dann, wenn diese Descendenten beim Tode des Testators nicht etwa unter die Gewalt ihres Vaters kommen[2]). Tritt das Kind nach dem Tode des Gewalthabers in eine andere väterliche Gewalt freiwillig über, so wird die Pupillarsubstitution an und für sich ungültig; sie wird jedoch insofern aufrecht erhalten, als dem Arrogator[3]) eines Geschlechtsunreifen die Verpflichtung obliegt, im Falle des Todes desselben vor erlangter Pubertät sein Vermögen an diejenigen herauszugeben, welche es ohne die Arrogation erhalten hätten[4]).

Es wäre demnach wohl richtiger, wenn man statt vom „Vater" vom „Gewalthaber" oder vom „Ascendenten" in dieser Darstellung sprechen würde; aber da allgemein jenem Ausdruck der Vorzug gegeben worden ist, wollen wir ihn hier auch beibehalten.

Den emancipati gegenüber ist das Recht zur Pupillarsubstitution für den Vater erloschen[5]). Die Mutter kann sogar eine derartige Substitution überhaupt nicht errichten; sie kann wie jeder Dritte einen Pupillen unter der Bedingung einsetzen, daß derselbe das Alter der Mündigkeit erreicht, und für den Fall, daß dies nicht geschieht, ihm einen Substituten ernennen[6]); dies ist aber eine bedingte Vulgarsubstitution. Ebenso kann man wohl dem Vater das Recht absprechen gegenüber dem Sohn nebst Kindern, welcher durch eigene Oekonomie aus der väterlichen Gewalt getreten ist; denn man nimmt an, daß dem Ascendenten dann kein Recht mehr über

---

[1]) l. 2 pr. D. eod.
[2]) l. 2 pr. D. eod.
[3]) l. 17 § 1 D. 1,7.
[4]) l. 40 D. eod. vgl. l. 19 D. 1,7.
[5]) l. 2 pr. eod.
[6]) l. 33 D. eod.

die Persönlichkeit des auf diese Weise Befreiten und dessen Kindern zusteht[1]).

2. Wenn die Pupillarsubstitution errichtet ist, so kann dieselbe nur für den Fall Geltung haben, daß der impubes in der Unmündigkeit[2]) oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums derselben sterben werde[3]), jedoch nicht auf den Fall des Todes des Kindes nach erreichter Pubertät erstreckt werden[4]); sie wird vielmehr mit Eintritt derselben unwirksam[5]). Es kann aber auch ein Substitut für den Todesfall innerhalb der ersten zehn Jahre, ein anderer für die noch übrigen Jahre der Unmündigkeit ernannt werden[6]). Eine Schwierigkeit könnte jedoch eintreten, wenn der eine Substitut für den Fall des Todes des Kindes bis zu einer gewissen Altersgrenze, der andere schlechthin bis zur Pubertät eingesetzt ist; da ist wohl im Zweifel anzunehmen, daß die bei jedem Substituten genannte Zeit sich ausschließlich auf diesen beziehe, wie auch Paulus libro nono quaestionum einen solchen Fall entscheidet: magis autem est in utroque eorum tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur.[7])

Eine Pupillarsubstitution kann, da sie eine direkte Erbeseinsetzung ist, nur in einem gültigen Testament, nicht in einem Codizill errichtet werden[8]); doch soll sie, wenn sie in einem Codizill angeordnet ist[9]) oder über die Jahre der Pubertät hinausreicht[10]), nach dem Willen des Testators als fideikommissarische Substitution aufrecht erhalten werden. Nur Soldaten können ihren Kindern auch über die Jahre der Pubertät hinaus direkt substituieren; und zwar erhält der

---

[1]) vgl. Holzschuher l. c. S. 688,5. Glück XL. S. 374.
[2]) § 8 J. II,16.
[3]) l. 21 D. eod.
[4]) l. 7 D. eod.
[5]) l. 14 D. eod.
[6]) l. 38 § 2 D. eod.
[7]) l. 43,1 D. eod.
[8]) l. 78 D. 36,1.
[9]) vgl. § 2 J. II, 25.
[10]) l. 14 D. 28,6.

Substitut, wenn das Kind vor dem 14. Lebensjahre stirbt, etiam propria bona filii, stirbt es aber später, nur das vom Vater herrührende Vermögen [1]).

3. Das Recht, pupillariter zu substituieren hat der Vater nur dann, wenn er für sich selbst ein gültiges Testament errichtet und sich einen oder mehrere Erben darin ernannt hat [2]); denn das Pupillartestament ist ein Teil des väterlichen Testaments und verliert daher auch seine Geltung, wenn jenes hinfällt, dann z. B., wenn die Erbschaft nicht angetreten wird, oder wenn der Vater nachträglich noch ein Testament für sich allein errichtet [3]). Schlägt aber der Testamentserbe die väterliche Erbschaft aus, um sie als Intestaterbe zu erhalten, so bleibt nach l. 2 § 1 D. $28_{,6}$ die Pupillarsubstitution doch bei Bestand [4]).

Dagegen setzt sie nicht voraus, daß der Vater den impubes als Erben einsetzt; ja sogar die ungültige Enterbung oder die Uebergehung des impubes machen die Pupillarsubstitution nicht ungültig [5]). Zwar sollen nach der Vorschrift der Nov. 115 c. 3 i. f., c. 4. i. f. die Erbeseinsetzungen des Testaments hinfallen, wenn kein gesetzlich anerkannter und wahrer Grund zur Enterbung des Descendenten vorlag, aber der übrige Inhalt soll doch bei Bestand bleiben; infolgedessen wohl auch die Pupillarsubstitution [6]).

Sowohl in dem Testament des Vaters als auch in einem besonderen ist die Errichtung der Pupillarsubstitution gestattet [7]); von diesen kann das eine schriftlich, das andere mündlich errichtet werden und ist nicht dieselbe Form für beide vorgeschrieben [8]) Beide letztwilligen Verfügungen werden aber stets wie ein Testament über zwei Erbschaften

---

[1]) l. 15 D. eod.
[2]) l. 1 § 3 D. eod.
[3]) § 5. J. $II_{,16}$. l. 10 § 4 D. eod.
[4]) l. 16 § 1 D. eod. l. 2 § 1 D. eod.
[5]) l. 1 § 2 D. $28_{,6}$. § 4 J. II, 16.
[6]) l. 34 § 2 D. eod.
[7]) l. 16 § 1 D. eod.
[8]) l. 20 D. eod.

betrachtet[1]). Soll die Person des Substituten bis zum Eintritt des Substitutionsfalles unbekannt bleiben, so genügt, daß der betreffende Teil des Testaments, wenn nicht etwa darauf steht, daß er nicht geöffnet werden soll, nur besonders versiegelt ist[2]). Macht der Vater nur ein Testament für sich und den impubes, so braucht er selbstverständlich die zur Errichtung eines Testaments erforderlichen Formen nur einmal zu beobachten; unerheblich ist dabei auch, ob die institutio des Erben der Substitution vorangeht oder nicht, obwohl ersteres gewöhnlich der Fall ist[3]). Bei zwei besonderen Testamenten muß jedoch jedes in einer gesetzlichen Form errichtet werden, und außerdem muß das Testament des Vaters das frühere sein, während die Substitution in dem späteren enthalten sein muß[4]). Deshalb wird auch jenes primae tabulae, dieses secundae tabulae genannt[5]).

4. In einem solchen Testament bestimmt nun der Vater den, bezw. die Erben seines Kindes für den Fall, daß dieses das Alter der Mündigkeit nicht erreichen sollte; es erstreckt sich infolgedessen diese Erbeseinsetzung auf das ganze Vermögen[6]), welches der impubes bei seinem Tode hinterläßt, und umfaßt auch[7]), wenn dasselbe von seinem Vater instituiert worden ist, diesen Erbteil. Auch hierin bildete der Soldat eine Ausnahme; denn ihm stand die Bestimmung darüber frei, ob nur das von ihm dem Kinde hinterlassene oder auch das hinzugekommene Vermögen dem Substituten zufallen sollte[8]).

Hatte sich der impubes, welcher durch den Tod seines Gewalthabers sui juris geworden war, nachher von einem Dritten arrogieren lassen, so konnte auch dieser Arrogator dem arrogierten Unmündigen pupillariter substituieren; jedoch

---

[1]) § 2 J. II, 16; l. 2 § 4 D. eod.
[2]) l. 8 D. 29,3; § 3 J. II, 16.
[3]) l. 2 § 4—6 D. eod.
[4]) l. 2 § 4, 7 D. eod.
[5]) l. 79 D. 35,2.
[6]) l. 10 § 5 D. 28,6.
[7]) § 4 J. II, 16.
[8]) l. 10 § 5 D. eod.

beschränkte sich diese Substitution auf das Vermögen, welches dem Arrogierten von seinem neuen Gewalthaber, beziehungsweise von Dritten wegen des Adoptivverhältnisses zugewandt worden war[1]). In den übrigen Nachlaß des Arrogierten trat, wenn nicht andere Bestimmungen des früheren Gewalthabers vorlagen, im Falle seines Todes die Intestaterbfolge ein[2]). Es kann demnach ein Arrogierter nach seinem Tode in der Unmündigkeit unter Umständen nach verschiedenen Testamenten beerbt werden; denn durch die Arrogation wird die Pupillarsubstitution des Vaters nicht aufgehoben, sondern mittels der vom pater arrogator gegebenen Kaution ist der Anspruch der Substituten auf das Vermögen des später Arrogierten gesichert[3]).

Die Pupillarsubstitution wird ferner weder durch die Ausschließung der Noterben des Ascendenten noch durch die der Noterben des Kindes ungültig. Bezüglich der Noterben des Gewalthabers wird geltend gemacht, daß ja die Pupillarsubstitution ein Testament für den Unmündigen sei, infolgedessen dem Vater der Vorwurf der Lieblosigkeit nicht gemacht werden könne[4]); bezüglich der Noterben des Kindes wiederum, daß dieses nicht der Testator sei. Auch im kanonischen Recht finden wir diese Ansicht bestätigt: „Licet autem filius testamento suo matrem portione jure naturae debita privare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest: nam testamentum huiusmodi pupillare paternum, vel paterni pars potuis est censendum[5]).

Demnach ist nicht anzunehmen, daß die Pupillarsubstitution zum Nachteile der Noterben des impubes durch die Noo. 115 eine Abänderung erfahren habe[6]). Es ist also der

---

[1]) l. 22 § 1 D. 1,7.

[2]) l. 10 § 6 D. eod.

[3]) vgl. Holzschuher S. 692. Sintenis III. 431 Anm. 7.

[4]) l. 8 § 5 D. 5,2.

[5]) vgl. cap. 1 i. f. de test. in VI. (3,11).

[6]) vgl. Windscheid § 559,6; Sintenis III, § 175 Anm. 10. Holzschuher II § 164 No. 7; v. Vangerow § 453, Anm. 3. a. M. Francke S. 456.

Gewalthaber in der Wahl der Pupillarsubstituten keineswegs [1]) eingeschränkt [2]); auch kann er in dem Pupillartestament mehrere Grade der Erbeseinsetzung anordnen [3]). Er kann ferner seinen unmündigen Kindern sowohl einen Vulgar- als auch einen Pupillarsubstituten ernennen. Hat er den Substituten sowohl auf den Fall eingesetzt, daß der impubes nicht Erbe werde, als auch auf den Fall, daß er Erbe würde, aber in der Unmündigkeit versterben sollte, so spricht man von einer substitutio duplex oder substitutio in utrumque casum [4]). Ist von dem Erblasser nur der eine oder der andere Fall erwähnt, so nennt man diese Substitution „substitutio simplex", und zwar die Vulgarsubstitution „substitutio in primum oder vulgarem casum" und die Pupillarsubstitution „substitutio in secundum casum" [5]).

5. Wenn nun der Testator in seiner letztwilligen Verfügung nur den einen Substitutionsfall erwähnt hat, ohne den anderen auszuschließen, da fragt es sich, ob auch der andere stillschweigend mit einbegriffen sein solle? Die herrschende Meinung entscheidet für die Bejahung dieser Frage, also für eine sogenannte substitutio tacita. Allgemein anerkannt ist die tacita substitutio pupillaris; dagegen ist die tacita substitutio vulgaris doch sehr bestritten. Für erstere sprechen ja auch ganz deutlich folgende Stellen:

a) l. 4 D. eod [6]). Jam hoc jure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut cum pater impuberis filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur etc.

b) c. 4 C. VI, 26 [7]), welche die Geltung der tacita substitutio pupillaris als etwas ganz Bekanntes und Selbstverständliches voraussetzt: Quamvis placuerit substitutionem

---

[1]) l. 1 § 2 D. eod.
[2]) l. 9 D. eod.
[3]) l. 13, l. 25 D. eod.
[4]) l. 1 § 1 D. 28,6.
[5]) l. 4, l. 45 pr. D. eod.
[6]) vgl. l. 4 D. eod.
[7]) c. 4 C. VI, 26.

impuberis, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factum ita: „si heres non erit“ porrigi ad eum casum, quo, posteaquam heres exstitit, impubes decessit, sin modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur: cum tamen proponas, ita substitutionem factam esse.

c) l. 6 C. de test. mil. VI, 21, wo ausdrücklich hervorgehoben wird, unter welchen Voraussetzungen eine stillschweigende Pupillarsubstitution, bezw. deren Anwendung ausgeschlossen ist[1]: Alexander: In testamento quidem eius, qui non miles fuit, si duobus heredibus institutis, altero cui potuit usque ad tempus pubertatis parens facere testamentum, altero cui posteaquam heres exstitit, substituere non potuit, invicem substitutio eisdem verbis facta esset, in eum solum casum eam locum habere et sententiis prudentium virorum et constitutionibus parentium meorum placet, quo utrique pari ratione potuit substitui.

Selbstverständlich ist eine derartige Rechtsvermutung jederzeit widerlegbar[2] und kann durch den Beweis der contraria voluntas des Testators entkräftet werden[3]. Eine Beschränkung auf den einen Fall kann aber auch aus der Ernennung selbst als notwendig folgen, wenn z. B. mehrere zu Erben eingesetzt und sich gegenseitig substituiert sind, von denen der eine ein pubes, der andere ein impubes ist[4] (disparis conditionis). Eine singuläre Bestimmung kommt in l. 10 C. de inst. et subst. VI, 25 vor: Jemand hatte seine Frau und seinen Postumus zu Erben eingesetzt und letzterem für den Fall, daß er nicht geboren würde, einen Substituten gegeben. Der Postumus wurde geboren, starb aber in der Unmündigkeit. Es entstand nun die Frage, wer den Nachlaß erhalten sollte, die Mutter oder der Substitut? Papinian hatte zu Gunsten der Mutter, Ulpian wohl zu Gunsten des Substituten entschieden. Justinian hat eine mittlere Ansicht entwickelt; er sagt: Lebt

---

[1]) l. 6, C. VI, 21.
[2]) l. 4 § 2 D. eod.
[3]) c. 4. C. VI, 26.
[4]) vgl. auch l. 45 D. eod. l. 4 § 2 D., vgl. l. 4 C. h. t.

die Mutter noch zur Zeit des Todes des impubes, so schließt sie den Substituten aus[1]); wird der postumus aber nicht geboren oder stirbt die Mutter vor ihm, so tritt die Substitution in Kraft.

Aus dieser Entscheidung Justinians könnte vielleicht gefolgert werden, daß für den Fall, wo eine Mutter mit einem postumus zusammen eingesetzt und diesem ein Dritter substituiert ist, eine tacita pupillaris substitutio nie vorliegen könne: doch hat Justinian durch wiederholte Hervorhebung des Einzelfalls dieser Entscheidung (in hac specie, in huius modi casu) zu erkennen gegeben, daß er damit kein generelles Privileg der Mutter habe aufstellen wollen.

Es ist demnach stets eine pupillaris substitutio tacita anzunehmen, wenn nicht der Beweis für den entgegengesetzten Willen des Testators erbracht werden kann. Bei einem Soldatentestament dagegen darf man nur dann von dem ausdrücklich hervorgehobenen Substitutionsfall auf den anderen schliessen, wenn eine diesbezügliche Absicht des Erblassers erweislich ist[2]).

Da die Existenz der tacita vulgaris substitutio nicht durch so ausdrückliche Quellenstellen begründet werden kann, so herrschte über sie unter den Rechtsgelehrten Streit. Zwar wurde sie schon von den Glossatoren anerkannt[3]); aber wegen des Mangels an Beweisen in den Quellen von verschiedenen Seiten stark bestritten[4]). Allmählich wurde die bejahende Meinung die herrschende[5]), und zwar wurde sie folgendermassen begründet[6]):

a) Zunächst kann man allgemein anführen, daß der Erblasser, wenn er den G. Seius[7]) auch dann zu seinem Erben, d. h.

[1]) c. 9 § 1 C. cit.

[2]) l. 6 C. de test. mil. 6,21.

[3]) Gl. Acc. ad. l. 4 D. de vulg. et pup. subst. 28,6.

[4]) A. Faber error. Pragm. Dec. XXXII. Error. 9. 10. Dec. XXXIII Err. 1—4.

[5]) Puettmann probabil. jur. civ. lib. II, cap. 14.

[6]) v. Wening-Ingenheim, Zeitschrift für Civ.-R. und Proz. Bd. III, No. VI u. VII.

[7]) vgl. l. 1 § 1 D. eod.

nacheingesetzten Erben haben will, wenn sein Kind bereits die Erbschaft angetreten hat, wenn er also nicht nur seine eventuellen anderen Erben[1]), sondern sogar die Intestaterben des Kindes zu Gunsten des Pupillarsubstituten ausschliessen will, denselben wohl auch für den Fall als Erben berufen wissen will, wenn das Kind stirbt, bevor es die väterliche Hinterlassenschaft überhaupt erworben hat.

b) Sodann gehört hierher das Urteil des Centumviralgerichts in dem sehr berühmt gewordenen Rechtsstreit zwischen M. Curius und M. Coponius (indicium Curianum), von welchem Cicero an vielen Stellen spricht[2]). Es handelte sich in dem Fall um folgendes[3]): Ein gewisser Coponius, der seine Frau für schwanger hielt, hatte ungefähr folgendermassen testiert: „Sollte mir nach meinem Tode ein Sohn geboren werden, so soll er mein Erbe sein; stirbt er jedoch vor erreichter Mündigkeit, dann soll M. Curius mein Erbe sein.“ Der Sohn wurde aber überhaupt nicht geboren, und M. Curius nahm die Erbschaft in Besitz. Die Intestaterben des Coponius vindizierten jedoch dieselbe, weil die Bedingung, unter der Curius sie erhalten sollte, nicht eingetreten wäre. Es kam zum Prozeß, und Crassus, der Anwalt des Curius, welcher seine Ausführungen auf den mutmaßlichen Willen des Testators gestützt hatte, gewann denselben. Damit hatte aber das Gericht entschieden, dass die Anordnung einer Pupillarsubstitution stillschweigend auch die einer Vulgarsubstitution enthalte[4]).

c) Als letztes und wichtigstes Beweismittel kommt noch die bereits oben S. 24 a) angeführte l 4 D. de vulg. et pup. subst. 28,6 in Betracht[5]), in welchem die Ansicht des Centumviralgerichts noch einmal durch ein Reskript der Kaiser Marc.

---

[1]) vgl. Windscheid § 559,3 Anm. 11.

[2]) vgl Cicero de orat: I 39 § 180, 57 § 242, 243. II 6 § 24, pro Caecina: XVIII, 53, XXIV, 67 u. 69, Quintiliani inst. rhet. lib. VII, 6.

[3]) vgl. Vogt, Dissertation, S. 18.

[4]) vgl. v. Vangerow II § 451Anm. 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 269 ff. v. Holzschuher S. 676 § 7 zu 2.

[5]) l. 4 D. eod.

Aurel und Lucius Verus bestätigt wird. Es heißt in dem principium ausdrücklich: „Wer nur für einen Fall substituiert ist, gilt es für beide Fälle“, und wenn Modestinus fortfährt: „sive non extiterit, sive extiterit et impubes decesserit“, so soll das doch sagen: der nur für einen Fall ernannte Substitut ist jedenfalls berufen, wenn auch später beim Pupillarsubstituten nur der Vulgarfall oder beim Vulgarsubstituten nur der Pupillarfall eintritt[1]).

Ein weiterer Beweis findet sich in § 2 eod., wo an einem Beispiel gezeigt wird, wann die allgemeine Regel nicht gelten soll[2]). Hat der Vater nämlich einen pubes und einen impubes nur mit dem kurzen Ausdruck: „eosque invicem substituo“ substituiert, so soll diese Substitution nach einem Reskript von Severus und Caracalla nur als substitutio vulgaris gelten, da sie doch für den impubes nicht als pupillaris gelten kann; denn einem pubes gegenüber ist natürlich eine Pupillarsubstitution undenkbar; daher wird der Vater in einem solchen Falle wohl jedem einzeln — singulis separatim — substituieren müssen, und zwar wird es, wie Modestinus erklärt, genügen, wenn er den pubes nur pupillariter substituiert, um ihn auch für den Vulgarfall eintreten zu lassen. (quo casu in utrumque eventum substituisse videtur.) Sodann gibt Modestinus noch einen Grund an, weshalb eine Substitution, bei der dem impubes vulgariter, dem pubes pupillariter substituiert wird, dem Fall vorzuziehen ist, daß der Vater nur vulgariter substituiert. Es könnte nämlich fraglich sein, ob er bei beiden Kindern nur an die Vulgarsubstitution gedacht habe oder bei dem impubes auch noch an die Pupillarsubstitution. Am Schluß der Stelle gibt er den guten Rat, daß es am besten sei, beide Substitutionsfälle auszusprechen, um jeden Zweifel und jeden Streit zu vermeiden[3]).

Wenn nun Modestinus der Vorwurf gemacht wird, an dieser Stelle einen Anachronismus[4]) begangen zu haben, da

---

[1]) vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 276.
[2]) Vogt a. a. O. S. 21 ff.
[3]) vgl. Mühlenbruch 278 ff. v. Vangerow S. 171.
[4]) v. Wening-Ingenheim a. a. O. S. 122, Anm. 1.

doch Antoninus Pius vor Marc. Aurel regiert habe, so wird ihn wohl folgender Grund dazu bestimmt haben. Er will die Lehre von der substitutio tacita auch den Laien deutlich klar machen und erklärt daher zunächst den einfachsten Fall[1]), daß nur ein unmündiges Kind, dann denjenigen, daß zwei Unmündige und schließlich den, daß ein unmündiges und ein mündiges Kind als Erben hinterlassen sind, und führt für jeden dieser Fälle Reskripte als Belegstellen an. Da die Gegner der tacita vulgaris substitutio ihre Meinung auf verschiedene Quellenstellen zu stützen versuchen, deren Besprechung uns hier zu weit ab führen würde, so ist es vielleicht interessant, das Urteil zu hören, welches Mühlenbruch (S. 289) nach sorgfältiger Nachprüfung derselben abgibt: „In der Tat", sagt er, „ist nichts ermüdender, als eine Meinung zu bekämpfen, die so ganz und gar von allen Gründen entblößt ist, daß man die größte (und zwar oft eine vergebliche) Mühe anwenden muß, um nur zu entdecken, was sich die Verteidiger derselben bei ihren Argumenten gedacht haben und in welchem Zusammenhange diese zu der Aufgabe stehen, welche dadurch gelöst werden soll."

6. Wir wenden uns zu der Frage, ob und in wieweit der Vater befugt ist, dem Pupillarsubstituten Vermächtnisse aufzuerlegen? Dieses Recht steht dem Vater nur insoweit zu, als diese Vermächtnisse nur auf das von ihm hinterlassene Vermögen gelegt sind, aber nicht bezüglich des eigenen Vermögens des impubes; demnach erstreckt sich diese Befugnis sowohl auf das, was durch unmittelbare Zuwendung auf den Pupillarsubstituten übergegangen ist[2]). Da diese Vermächtnisse als solche gelten, die der Vater auf seine eigene Erbschaft legt, so tritt der Anfall derselben nicht erst am Todestage des Unmündigen, sondern vielmehr bereits an dem des Vaters ein[3]).

---

[1]) Vergl. Vogt a. a. O. S. 23.

[2]) l. 79 D. 35,2. l. 87, § 7 D. 35,2. vgl. Baron a. a. O. S. 462. Windscheid a. a. O. § 559,3. v. Vangerow § 521.

[3]) l. 1 D. 36,2; l. 7 § 4,5 D. eod.

Hat der Impubes außer seiner Institutionsportion noch etwas aus dem väterlichen Vermögen durch Vermächtnis erhalten, so erstreckt sich das Recht des Vaters bei der Belastung des Pupillarsubstituten nicht auf dieses Vermögen, ebensowenig auf dasjenige, welches der Sohn nach seiner Enterbung von dem vom Vater zum Erben eingesetzten Dritten dadurch erhalten hat, daß dieser ihn in seinem Testament auf diese Hinterlassenschaft einsetzte[1]).

Desgleichen braucht der Pupillarsubstitut die ihm auferlegten Vermächtnisse nicht von dem Vermögen zu entrichten, welches der Unmündige nach dem Tode des Vaters erworben hat[2]); und ganz hinfällig sind dieselben, wenn der Unmündige vom Vater enterbt ist, wenn ihm auch Vermächtnisse hinterlassen sind[3]). Ist jedoch das Kind vom Vater eingesetzt, so muß der Pupillarsubstitut die Vermächtnisse von dem vom Vater dem Unmündigen hinterlassenen Vermögen entrichten, auch wenn dieses Vermögen später von dem Kinde vermindert worden ist[4]). Sind sowohl dem impubes als auch dem Pupillarsubstituten Vermächtnisse auferlegt, so werden nach l. 79 D. eod. beide in unum contribuuntur.

Es gilt also für die Vermächtnisse, welche ein Vater dem Pupillarsubstituten auferlegt, der Satz: „pater de suo legat“[5]).

7. Bezüglich des Erwerbes der Pupillarerbschaft ist hervorzuheben, daß der Pupillarsubstitut dieselbe erwirbt, als wenn sie väterliche Erbschaft wäre. Der Testator über beide Erbschaften ist der Vater, aber Erblasser ist auch der Pupill, dessen Erbe wiederum der Substitut ist[6]). So bestimmt diese Auffassung auch in den Quellen hervorgehoben wird, so geht doch durch die Quellen zugleich eine andere Strömung, nach

---

[1]) l. 87 § 7 D. 35,2. vgl. l. 41 § 3 D. 29,1. c. 24 C. de leg. VI, 37. vgl. l. 103 pr. D. de leg. et. fideic. III. vgl. zu l. 103: Windscheid § 559 Anm. 29.

[2]) l. 87 § 7 i. f.

[3]) l. 126 D. de leg. et fideic. I.

[4]) l. 79 D. 35,2.

[5]) vgl. l. 11 § 5 D. 35,2.

[6]) l. 2 D. 28,6; pr. i. f. J. II, 16. Gai II, § 180.

welcher der Gewalthaber in der Pupillarsubstitution tatsächlich sich und nicht dem Kinde einen Erben ernennt[1]). Dies wird wohl auch die ursprüngliche Auffassung im römischen Recht gewesen sein[2]), denn sonst ließen sich zahlreiche, dem neuesten Recht angehörige Rechtssätze garnicht erklären, wie z. B. der Satz, daß der Vater notwendig für sich selbst ein Testament errichten und sich einen Erben ernennen muß, oder daß das väterliche und das Pupillartestament ein Testament bilden, und andere[3]). Durch die Einheit des Testaments aber wird die Pupillarerbschaft pars paternae hereditatis; es kommen daher auf sie wie auf die väterliche Erbschaft die Grundsätze der Akkrescenz zur Anwendung. Daraus folgt nun:

1. Ernennt der Vater seine eigenen heredes necessarii zu Erben des Pupillen, so sind diese auch dem Pupillen gegenüber heredes necessarii; sie erwerben bei dessen Tode die Erbschaft ipso jure und verlieren durch immixtio auch das beneficium abstinendi[4]).

2. Ist der Pupillarsubstitut vom Vater auch instituiert worden, so kann er, wenn er die Erbschaft des Vaters angetreten hat, die des Unmündigen nicht mehr ausschlagen[5]); stirbt er noch vor demselben, so fällt sogar dessen Erbschaft ipso jure seinen Erben zu[6]).

Hat der Substitut die Erbschaft des Vaters aber ausgeschlagen, so kann er auch die des Pupillen, wenn dieser die väterliche Erbschaft erworben hat, nicht erhalten, selbstverständlich auch dann nicht, wenn der Vater den Erwerb seiner Erbschaft zur Bedingung für die Pupillarsubstitution gemacht hat[7]).

---

[1]) vgl. Windscheid § 558 S. 268; Brinz § 374,10. a. M. Pietak a. a. O. und Baron a. a. O.

[2]) l. 1 § 1 D. 28,6; l. 8 D., l. 46 D. 28,6.

[3]) vgl. v. Vangerow § 452 Anm.

[4]) l. 10 § 1 D. eod. l. 2 § 4 D. eod.

[5]) c. 20. C. VI, 30.

[6]) l. 59 D. 29,2. vgl. auch l. 53 pr. D. 29,2.

[7]) l. 10 § 3 D. 28,6; l. 8 D. eod. v. Vangerow § 454,2a, Brinz III, S. 154. Sintenis § 175c. l. 28 § 2 D. 36,1.

3. Ist auch der Pupill nicht Erbe des Vaters geworden, sei es, daß er enterbt ist, sei es, daß er die Erbschaft ausgeschlagen hat, so kann der Pupillarsubstitut, wenn er gleichfalls nicht Erbe geworden ist, auch die Pupillarerbschaft nicht erwerben, da das Testament des Vaters hinfällt[1]). Wenn allerdings noch ein Dritter zum Miterben eingesetzt ist, so ist ein Erwerb der Pupillarerbschaft für den Substituten noch möglich, wenn durch den Antritt des Dritten, mag dieser Miterbe oder Substitut des Pupillen sein, das väterliche Testament bei Bestand bleibt[2]). Ist der Pupillarsubstitut dagegen notwendiger Erbe des Vaters, so kann er die väterliche Erbschaft ausschlagen und trotzdem die des Pupillen erwerben, sowohl in dem Fall von l. 41 D. 29,2, wo der Pupill enterbt ist, als auch für den Fall, wo derselbe vom Vater eingesetzt ist[3]). Doch führt in diesem Falle die Abstention von der väterlichen Erbschaft auch eine Trennung des Teils, welcher in Gestalt derselben in der Pupillarerbschaft enthalten ist, mit sich.

Richtiger scheint mir die Ansicht von Mühlenbruch[4]) zu sein, daß der Substitut in dem Fall, wo er neben seinem Bruder vom Vater eingesetzt war, und dieser Erbe geworden ist, das väterliche Vermögen ungetrennt von dem des Bruders annehmen müsse; denn abstiniert er als Erbe des Vaters, so akkresciert der dadurch freiwerdende Teil mit rechtlicher Notwendigkeit dem bereits von seinem Bruder erworbenen, und er würde mithin, als Erbe desselben, den von ihm ausgeschlagenen Erbteil nur aus einem anderen Grunde erhalten[5]). Hat dagegen auch der eingesetzte Pupill von seinem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht, so macht die eintretende Destitution des väterlichen Testamentes die Substitution nicht

[1]) l. 40 D. 29,2.

[2]) vgl. l. 27 § 2 D. 36,1; l. 10 § 4 D. 28,6.

[3]) vgl. v. Vangerow S. 183 I, 2b, l. 12 D. 28,6; Windscheid 274 Anm. 24b. a. M. Baron S. 520 ff.

[4]) vgl. Glück S. 444 Bd. XL.

[5]) vgl. auch Sintenis S. 434 l. Abs.

ungültig. Diesen Fall wird wohl auch Papinian[1]) bei seiner Entscheidung in l. 12 D. eod im Auge gehabt haben.

Umgekehrt kann natürlich auch der Fall eintreten, daß der Pupillarsubstitut sich zuerst über die Pupillarerbschaft erklären muß. Hat er diese ausgeschlagen, so kann er auch die väterliche Erbschaft nicht mehr erwerben, gleichviel ob der Pupill Erbe seines Vaters geworden ist oder von dem beneficium abstinendi Gebrauch gemacht hat oder enterbt ist[2]).

Hat der Substitut aber die Pupillarerbschaft angenommen, so hat er damit, wenn er der einzige Erbe im väterlichen Testament ist, auch seine Annahmebereitschaft für die väterliche Erbschaft erklärt[3]). Sind jedoch noch Miterben oder Substituten vorhanden, so kann er trotz Annahme der Pupillarerbschaft als suus heres sich noch immer der väterlichen Erbschaft enthalten[4]).

Wir haben soeben die Fälle erörtert, in welchen der Pupillarsubstitut in dem väterlichen Testament eingesetzt ist, und wollen nunmehr sehen, wie sich dessen Lage gestaltet, wenn er nicht zur väterlichen Erbschaft berufen ist. Dabei ist zu unterscheiden:

a) Ist das Kind vom Vater auf das Ganze eingesetzt, und hat es die Erbschaft angenommen, so sind beide Massen dadurch vereinigt, und eine Trennung derselben unmöglich; der Substitut kann demnach nur entweder beide erwerben oder beide ausschlagen[5]).

b) Ist das Kind aber enterbt, so versteht sich von selbst, daß der Pupillarsubstitut mit der väterlichen Erbschaft garnicht in Berührung kommt; würde der vom Vater eingesetzte Erbe auch ausschlagen, dann würde die Pupillarsubstitution sogar ganz hinfallen[6]).

---

[1]) l. 2 § 1 D. 28,6.
[2]) l. 59 D. 29,2.
[3]) l. 40 D. 29,2.
[4]) Mühlenbruch S. 439. vgl. v. Vangerow S. 184.
[5]) l. 10 § 2 D. eod.
[6]) l. 2 § 1 D. eod.; l. 10 § 4 D. eod.

c) Bestritten ist jedoch die Frage, wenn das Kind sich der väterlichen Erbschaft entschlagen hat? Julian entscheidet[1]), daß auch in diesem Fall eine Trennung der beiden Erbschaften durch den Substituten nicht erfolgen könne. Dagegen erklärt sich Marcellus, und ihm tritt Ulpian bei[2]); es wird wohl in einem derartigen Falle der Substitut entscheiden können, ohne daß er zum Antritt gezwungen ist. Auch Javolemus hat sich über diese Frage geäußert in l. 28 D. de reb. auct. jud. 42,5, und zwar hat er, nach dem wörtlichen Ausdruck der Stelle zu schließen, so entschieden wie Julian; doch sagt er, genau betrachtet, darin nur, daß der Pupillarsubstitut zur Annahme auch der väterlichen Erbschaft verpflichtet sei, wenn der Pupill dieselbe bereits erworben habe[3]).

8. Sind mehrere Erben des Vaters auch zu Pupillarsubstituten ernannt, so richten sich ihre Anteile, wenn der Vater nicht anderweitige Bestimmungen getroffen hat, bezüglich der Pupillarerbschaft nach ihren Institutionsteilen[4]), ist außerdem noch ein extraneus substituiert, so soll dieser nach l. 9 D. eod. die eine Hälfte der Pupillarerbschaft erhalten[5]), während die andere nach dem genannten Verhältnis unter die substituierten Miterben verteilt wird.

Fehlt dem Substituten die Capazitas dem Vater gegenüber, so kann er doch die Pupillarerbschaft erwerben, da er diese ja vom Pupillen erhält; umgekehrt kann er auch die väterliche Erbschaft allein erwerben, wenn er dem Kinde gegenüber incapax ist. Hat aber der Pupill die väterliche Erbschaft schon erworben, so scheidet das aus der Pupillarerbschaft aus, wozu dem Substituten die Erwerbsfähigkeit fehlt[6]).

Wir kommen nun zu der Frage, ob auch bei der Pupillarsubstitution die Regel: „substitutus substituto est substitutus

[1]) l. 42 D. 29,2.
[2]) l. 42 D. 29,2.
[3]) vgl. Winscheid § 559 Anm. 25. Mühlenbruch S. 420.
[4]) l. 8 § 1 D. 28,6. § 7 J. II, 16.
[5]) vgl. l. 11 C. 6,26.
[6]) l. 6, l. 11 D. eod.

instituto“ Anwendung findet? Nach l. 47 D. 28,6 ist die Frage zu verneinen. Wenn z. B. ein Vater seinem unmündigen Sohne A seine unmündige Tochter B und dieser den H pupillariter substituiert, so gilt der H nicht als Pupillarsubstitut des A. Es handelt sich eben bei mehreren Pupillarsubstitutionen um ganz verschiedene Erbschaften, und nicht wie bei mehreren aufeinander folgenden Vulgarsubstitutionen um die eine Erbschaft des Testators. Dagegen wird diese Regel ihre Geltung haben, wenn bei einer Pupillarsubstitution mehrere Grade gemacht sind, z. B. der Testator hat verfügt: Wenn mein Kind in der Unmündigkeit verstirbt, soll der A, wenn dieser nicht will oder nicht kann, der B, und wenn dieser wegfällt der C Pupillarsubstitut sein[1]).

9. Zum Schluß möchte ich noch einmal kurz die Erlöschungsgründe zusammenstellen:

1. Abgesehen von den Gründen, aus welchen auch eine Erbeseinsetzung ihre Wirksamkeit verliert, ist zunächst der Fall zu erwähnen, wenn der Pupill sich beim Tode des Vaters nicht mehr in dessen Gewalt befindet, sei es, daß er vom Vater emanzipiert, sei es, daß er in Adoption gegeben ist oder vor demselben stirbt[2]).

Streit herrschte unter den römischen Juristen über den Fall, daß der Vater oder der Pupill oder beide in Gefangenschaft geraten waren. — Geregelt wird ja die Rechtsstellung der Kriegsgefangenen in der lex Cornelia, welche von den Juristen vielfach erwähnt wird[3]).

Die herrschende Meinung ist folgende:

a) Gerät der Vater in Gefangenschaft und stirbt daselbst mit Hinterlassung eines Pupillen im Staatsgebiete, der vor erreichter Mündigkeit auch stirbt, so bleibt die Pupillarsubstitution gültig[4]), da ja nach der lex Cornelia der Vater

---

[1]) vgl. v. Vangerow § 443 Anm. 2. Mühlenbruch S. 369; Holzschuher S. 685.

[2]) l. 41 § 2 D. 28,6.

[3]) vgl. l. 22 pr. D. 49,15.

[4]) vgl. Glück S. 448 ff.

in diesem Falle im Augenblick der Gefangennahme für gestorben gilt[1]). Kehrt der Vater nach dem Tode des impubes zurück, so erlischt folgeweise auch die Substitution.

b) Der unmündige Sohn stirbt in der Gefangenschaft; er ist aber erst nach dem Tode des Vaters in dieselbe geraten, da bleibt gleichfalls die Pupillarsubstitution bei Bestand, da man auch hier annehmen muß, der Tod sei im Augenblick der Gefangennahme eingetreten[2]). Ist der unmündige Sohn dagegen bereits vor dem Tode seines Vaters in die Gefangenschaft geraten, ohne daraus zurückzukehren, so erlischt die Substitution natürlich sofort mit der Gefangennahme[3]).

c) Geraten beide gleichzeitig in Gefangenschaft und sterben darin, so muß nach der Vermutung der lex Cornelia, „der Mündige habe den Unmündigen überlebt", die Pupillarsubstitution für erloschen angesehen werden. Kehrt der Vater allein zurück, so bleibt sie erloschen, und umgekehrt bleibt sie gültig, wenn der Sohn allein zurückkehrt und als impubes stirbt[4]).

Auch wenn der Sohn erst nach dem Vater in Gefangenschaft gerät, und beide nicht mehr zurückkehren, soll die Substitution nicht bei Bestand bleiben. Nach der Vermutung der lex Cornelia müßte man eigentlich zu dem entgegengesetzten Resultate kommen, da doch der Sohn in diesem Fall den Vater überlebt hat. Die Entscheidung Scävolas ist aber gerechtfertigt, wenn man erwägt, daß zu jener Zeit die Kinder in väterlicher Gewalt kein eigenes Vermögen haben konnten[5]). Der Pupill als Gefangener konnte auch kein Vermögen durch Erbrecht erwerben, folglich auch nie beerbt werden. Dagegen würde der Vater von den Testaments- oder Intestaterben im Staatsgebiete beerbt werden. Selbst bei früherem Tode des Vaters würde es sich genau ebenso verhalten, und daher hat wohl Scävola diesen Fall besonders hervorgehoben.

---

[1]) l. 10 pr. D. 49,15.
[2]) l. 10 § 1 D. 49,15.
[3]) l. 28 D. 28,6.
[4]) l. 11 § 1 D. 49, 15.
[5]) l. 29 D. 28,6.

2. Sodann erlischt die Pupillarsubstitution, wenn der Pupill durch den Tod des Erblassers in die Gewalt eines anderen kommt; läßt der Unmündige sich aber nachher arrogieren, so bleibt die Pupillarsubstitution doch bei Bestand. (S. oben S. 19.)

3. Eintritt der Mündigkeit des Kindes oder des etwa im Testament bestimmten früheren Zeitpunktes läßt gleichfalls die Substitution erlöschen.

4. Durch das Wegfallen sonstiger Bedingungen, von welchen der Testierer die Substitution abhängig gemacht hat. An dieser Stelle muß auch der Fälle gedacht werden, wo mehrere Unmündige einander oder ein Dritter dem Letztlebenden von ihnen derart substituiert ist, daß er nur dessen Erbteil erhalten soll, und wo die Unmündigen so verstorben sind, daß sich nicht ermitteln läßt, wer von ihnen zuerst und wer zuletzt gestorben sei.

In beiden Fällen erlischt die Substitution, da sich eben nicht feststellen läßt, wer von beiden den anderen überlebt hat. Sind zwei Unmündige, die sich gegenseitig substituiert sind, in derselben Todesgefahr umgekommen, ohne daß man ermitteln kann, wer von beiden den andern überlebt hat, so ist dadurch die Hauptbedingung für die Substitution, nämlich die, daß der Substitut den Pupill überlebt, nicht eingetreten; es kommt mithin die Substitution nicht zur Geltung[1]). Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn ein Dritter nur dem letztlebenden Pupillen substituiert ist, da es auch hier unmöglich ist, den Eintritt der Bedingung zu beweisen[2]).

Anders gestaltet sich die Entscheidung, wenn mehrere unmündige Geschwister sich gegenseitig substituiert sind, und ein Dritter allgemein dem Letztlebenden unter ihnen. Da der Dritte ja in diesem Fall den Nachlaß aller haben soll, sobald kein Erbe mehr lebt, so ist ja mit dem Tode in der gemeinsamen Gefahr diese Bedingung des Substitutionsfalles eingetreten, und der Substitut wird Erbe[3]).

---

[1]) l. 18 pr. D. 34,5.
[2]) vgl. l. 35 pr. D. 36,1.
[3]) l. 9 pr. 34,5. vgl. l. 11 pr. D. 37,11; l. 34 D. 28,6.

5. Die Pupillarsubstitution tritt auch dann nicht in Kraft, wenn das Testament des Vaters nichtig ist oder wird[1]), wenn es z. B. destituiert wird, oder wenn die Form der Errichtung vom Vater nicht beobachtet worden oder nachher ein neues, gültiges Testament errichtet worden ist. Dagegen wird bei Aufhebung des väterlichen Testaments wegen Verletzung des Noterbenrechts die Pupillarsubstitution nicht betroffen; desgleichen dann nicht, wenn der väterliche Testamentserbe die Erbschaft ausgeschlagen hat, um sie als Intestaterbe zu erhalten.

6. Wenn mit Ausschlagung der väterlichen Erbschaft auch die Pupillarerbschaft nicht erworben werden kann, fällt die Substitution gleichfalls hin.

7. Schließlich erlischt sie auch dann, wenn die Erbschaft vom Fiskus entrissen wird[2]); dazu gehört auch der Fall[3]), daß der Substitut die Beantragung der Vormundschaft für den Pupillen versäumt.

γ) Die Quasipupillarsubstitution.

Es bleibt nunmehr die Betrachtung des letzten Falls der römischen Ersatzerbfolge übrig, welche die Bezeichnung Quasipupillarsubstitution führt. Da sowohl unter den älteren sowie unter den neueren Juristen nicht nur über die Grundauffassung, sondern auch über die meisten Einzelheiten dieser Lehre Streit geherrscht hat und noch herrscht, so ist hier natürlich unmöglich, auf alle diese Einzelheiten genau einzugehen; daher will ich im folgenden nur die Grundzüge nach der herrschenden Meinung kurz erörtern:

I. Da Wahnsinnige, Taubstumme und Verschwender ebenso wie überhaupt Unmündige kein gültiges Testament machen konnten[4]), da sie nicht den dazu erforderlichen Willen hatten, so konnte im vorjustinianeischen Recht ein solches Kind, damit das Vermögen des Vaters nach seinem Tode nicht an die

---

[1]) § 5 J. II 16.

[2]) Windscheid S. 120 § 433 Anm. 37. Sintenis § 147, III.

[3]) l. 10 C. de legitim. heres. VI, 58; Dig. 26,6.

[4]) l. 16 D. 28,1, l. 40 D. 50,17.

Intestaterben desselben falle, entweder bona mente enterbt oder unter der Verpflichtung eingesetzt werden, daß für den Fall seines Todes in diesem Zustand fideikommissarische Restitution an eine, vom Vater bezeichnete Person eintreten sollte. Hatte der Vater das Kind enterbt, dann mußte er aber anderweitig für dasselbe sorgen[1]), er konnte auch dem eingesetzten Erben die Verpflichtung auferlegen, die Erbschaft für den Fall, daß das Kind gesund würde, an dasselbe wieder herauszugeben[2]).

Wollte jedoch ein Vater einem solchen Descendenten einen Erben ernennen, so bedurfte er der Erlaubnis des Regenten. Von diesem beneficium principis schreibt uns Paulus libro nono quaestionum[3]): Ex facto quaeritur: qui filium habebat mutum puberem, impetravit a principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium . . . . etc. Diese Substitution bleibt also nur solange bei Bestand, quatenus filius eius in eadem valetudine perseveraret, da er sich ja dann selbst ein Testament errichten kann; sie erlischt nach dieser Stelle auch dann, wenn der Sohn sich später verheiratet, und ihm ein heres suus geboren wird. Dies wird wohl gleichfalls auf den Fall zu beziehen sein, wo der Descendent zur Zeit der Testamentserrichtung seitens des Vaters zwar schon verheiratet ist, ihm aber erst nach derselben ein suus geboren wird.

Unentschieden ist die Frage, ob der Vater in seinem Testament für den Taubstummen oder Wahnsinnigen die bereits vorhandenen Kinder desselben ausschließen kann oder nicht? Nach den Worten: „igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem“ muß man die Frage verneinen; jedoch spricht für die entgegengesetzte Ansicht sowohl die Analogie der Pupillarsubstitution, bei welcher doch eine Pflicht des Vaters zur Berücksichtigung der Noterben des Kindes nicht bestand, als auch die Stelle des Gesetzes: „nec enim aut patrem aut principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret.

---

[1]) l. 16 § 2 D. 27,10.
[2]) vgl. l. 12 § 2 D. 38,2.
[3]) l. 43 D. 28,6.

Da in der angeführten Stelle des Paulus nichts darüber bestimmt ist, ob der Vater auch über das Vermögen des Wahnsinnigen testieren dürfe, so herrscht natürlich auch hierüber Streit[1]). Unterholzner ist der Ansicht, daß der Vater nur sein eigenes Vermögen den Intestaterben des Sohnes entziehen könne, da sie sich darüber billigerweise nicht beschweren könnten, während sie dazu allen Grund hätten, wenn der Vater berechtigt werden sollte, ihnen sogar die Aussicht auf ein ursprünglich fremdes Vermögen zu verkümmern[2]).

Die entgegengesetzte Meinung begründet Mühlenbruch einmal durch die Analogie der Pupillarsubstitution, sodann durch Hervorhebung des Zwecks, den eine derartige Substitution erfüllen soll[3]); denn der Vater beabsichtigt doch damit zunächst, dem Wahnsinnigen einen gesunden und tüchtigen Nachfolger zu geben und sodann auch über die Person desselben Ungewißheit zu erhalten. Um aber über sein eigenes Vermögen zu testieren, hätte es wohl für den Vater auch nicht erst der kaiserlichen Erlaubnis bedurft! Demnach ist man wohl berechtigt, anzunehmen, daß sich die Quasipupillarsubstitution nicht nur auf das Vermögen des Vaters, sondern auch auf das des Wahnsinnigen erstreckt hat.

II. Der Streit ist auch nicht beseitigt worden, als Justinian im Jahre 528 eine Konstitution de impuberum et aliis substitutionibus erließ, welche folgendermaßen lautete[4]):

„Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium, nepotem vel pronepotem cuiusqunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum sapiat, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla

---

[1]) Archiv f. civ. Prax. II. S. 54.
[2]) vgl. v. Löhr Arch. f. civ. Pr. V S. 105.
[3]) a. a. O. S. 483. vgl. Sintenis § 176.
[4]) c. 9. C. VI, 26.

contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filii aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes unum, vel certos, vel omnes substituere. Sin vero etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum unum, vel certos vel omnes, eandum fieri substitutionem oportet".

1. Nach dieser Konstitution können also Ascendenten ihren geisteskranken Descendenten beiderlei Geschlechts ad exemplum pupillaris substitutionis einen oder mehrere Erben ernennen für den Fall, daß dieselben im Wahnsinn versterben sollten. Sie müssen aber den Geisteskranken den Pflichtteil hinterlassen und den oder die Erben aus den geistesgesunden Descendenten derselben oder in Ermanglung solcher aus ihren eignen geistesgesunden Descendenten wählen; und erst dann, wenn auch solche nicht vorhanden sind, haben sie freie Wahl. Nach den Worten Justinians: „ad exemplum pupillaris substitutionis" wird diese Erbeseinsetzung substitutio quasi pupillaris oder exemplaris oder auch Justinianea genannt; sie ist demnach auch nach Analogie der Pupillarsubstitution zu beurteilen, soweit Justinians Konstitution nicht abweichende Bestimmungen getroffen hat.

2. Es gelten also für die Quasipupillarsubstitution folgende Grundsätze:

a) Während bei der Pupillarsubstitution ein Ascendent nur den in seiner unmittelbaren Gewalt befindlichen Kindern Substituten ernennen darf, ist die Quasipupillarsubstitution nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes allen Ascendenten gestattet, welche zu dem Wahnsinnigen in solchem Verhältnis stehen, daß sie ihm den Pflichtteil hinterlassen müssen. Daher besteht das Recht zur Quasipupillarsubstitution auch gegenüber emancipati. Hat aber ein Großvater seinem wahnsinnigen Enkel substituiert, und sind bei seinem Tode nähere Ascendenten (z. B. der Vater des Enkels) vorhanden, welche dem Wahn-

sinnigen im Pflichtteilsrecht vorgehen, so ist natürlich die Substitution hinfällig. Wegen des Pflichtteilsanspruchs wird man auch annehmen müssen, daß bei unehelichen Kindern zwar nicht der Erzeuger, aber wohl die Mutter und deren Ascendenten das Recht zur Quasipupillarsubstitution haben[1]). Und daraus, daß die Mutter nicht pupillariter substituieren darf, wird man doch schwerlich folgern können, daß sich die von ihr errichtete Quasipupillarsubstitution erst für die Zeit nach der Mündigkeit ihres wahnsinnigen Kindes als wirksam erweist[2])! v. Löhr behauptet nun, daß Justinian durch eine Verordnung vom Jahre 530 das Recht zur Quasipupillarsubstitution nur für den Fall bei Geltung gelassen habe, wenn der wahnsinnige Descendent in unmittelbarer Gewalt des testierenden Ascendenten sich befinde, oder ihm der Pflichtteil als Legat gegeben sei[3]). Daraus würde sich aber das Resultat ergeben, daß derjenige, welcher seinem wahnsinnigen Kinde den Pflichtteil als Vermächtnis zugewandt hat, demselben exemplarisch substituieren kann, auch wenn es nicht unter seiner Gewalt steht, während dasselbe Recht dem nicht zustehen soll, der es zum Erben eingesetzt hat. Das wäre doch unhaltbar!

Gegen diese Behauptung v. Löhrs wendet Thibaut[4]) ein, man könne doch unmöglich annehmen, daß Justinian ein mit größter Sorgfalt von ihm selbst geschaffenes Institut bereits nach zwei Jahren zum größten Teil wieder aufgehoben habe, ohne dies ausdrücklich hervorzuheben! Außerdem würde der Kaiser nicht später in § 1 J. II, 16 ganz ohne Einschränkung auf die in l. 9 C. cit. enthaltenen Vorschriften verwiesen haben. Wenn v. Löhr seine Meinung hauptsächlich auf die von Unterholzner aufgestellte Behauptung stützt, daß die Quasipupillarsubstitution nur auf das vom Vater hinterlassene Vermögen gehe, so können wir daraus noch keine Folgerungen für die vorliegende Frage ziehen. Hätte Justinian auch

---

[1]) l. 29 § 1 D. V, 2.
[2]) Arch. f. civ. Prax. Bd. 5, S. 115 ff.
[3]) c. 7, 1 b C. V, 70.
[4]) Arch. f. civ. Prax. Bd. 5, S. 337 ff.

ausdrücklich bestimmt, daß ein Ascendent nur über das von ihm hinterlassene Vermögen quasipupillariter substituieren könne, dann würde doch die Geltung der Substitution nicht davon abhängig sein, daß das Kind nun auch wirklich dies Vermögen erwirbt! Es würde wohl vielmehr analog der Pupillarsubstitution, die in einem solchen Fall als Vulgarsubstitution aufrecht erhalten wird, auch die Wirkung der exemplarischen Substitution bestehen bleiben, trotzdem der Wahnsinnige nicht Erbe geworden ist[1]). Wenn Hüffer diese Ansicht Mühlenbruchs zwar nicht billigt, so stimmt er doch darin mit ihm überein, daß der Inhalt der c. 7 C. cit. völlig unabhängig von der Befugnis zur Vornahme einer Quasipupillarsubstitution sei[2]).

b) Sind nun mehrere Ascendenten vorhanden, welche von ihrem Recht, quasipupillariter zu substituieren, Gebrauch gemacht haben, dann fragt es sich, wie bei einem solchen Zusammentreffen entschieden werden soll?

Einige teilen die schon von Donellus aufgestellte[3]) Ansicht, daß in einem solchen Falle nur eine Substitution gelte und die übrigen erlöschen, wobei eine Rangordnung der Ascendenten eintrete. Nach dieser Rangordnung gebühre dem Vater als Inhaber der Erziehungsgewalt der Vorzug vor der Mutter und allen übrigen Ascendenten, danach den väterlichen Großeltern vor den mütterlichen, wieder mit Bevorzugung des Mannes vor der Frau[4]).

Andere sind der Meinung, daß jeder Substitut das von seinem Substituenten herrührende Vermögen erhalte[5]), und das übrige Vermögen des Wahnsinnigen unter den Substituten geteilt werde[6]).

Andere hinwiederum behaupten, die von mehreren Ascendenten ernannten Substituten ständen zu einander in dem

---

[1]) vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 487 ff.

[2]) Hüffer a. a. O. S. 28, 29

[3]) Comm. iur. civ. VI. 27, § 13.

[4]) vgl. Hüffer S. 31. Anm. 2.

[5]) vgl. Lauterbach: Coll. theor. pract. Pand lib. 28 tit. 6 § 39; Volt: Comm. ad. lib. 28 tit. VI § 33.

[6]) vgl. Mühlenbruch Bd. 41 S. 28 ff.

Verhältnis von Miterben und müßten sich gegenseitig beschränken, wie dies nach den Grundsätzen über Collision einzutreten pflege[1]).

Sodann wäre noch die von Heimberger vertretene Ansicht zu erwähnen, wonach nur die Substitution des zuletzt sterbenden Ascendenten Gültigkeit haben solle[2]).

Von diesen verschiedenen Entscheidungen läßt sich aber keine durch irgend eine Gesetzesstelle belegen; wir können jedoch, wie ich glaube, der auch von Windscheid[3]) bestätigten, Absatz 1 und 2 unserer Aufzählung zusammenfassenden Meinung beistimmen, nach der bei einer solchen Collision die Substitution eines jeden Ascendenten sich nur auf das von ihm hinterlassene Vermögen beziehen, bezüglich des eigenen Vermögens des Wahnsinnigen aber die Rangordnung des Donellus entscheiden soll[4]).

Der Vater kann selbstverständlich seinen unmündigen, geisteskranken Descendenten sowohl pupillariter als auch quasipupillariter substituieren, also sowohl auf den Fall, daß er in der Unmündigkeit, als auch auf den Fall, daß er nach Eintritt der Pubertät in ununterbrochenem Wahnsinn sterben sollte. Auch kann er für jeden dieser Fälle einen anderen Substituten ernennen.

c) Wie die Errichtung der Pupillarsubstitution solange möglich ist, als das Kind noch in der Unmündigkeit lebt, so steht das Recht zur Quasipupillarsubstitution dem Ascendenten auch nur solange zu, als die Krankheit des Descendenten ununterbrochen anhält. Auch schon nach l. 43 pr. D. $28_{,6}$ erlosch die vom Regenten gestattete exemplarische Substitution mit dem Wegfall der Krankheit von selbst[5]). Hat aber ein solcher Descendent, bevor er wahnsinnig wurde, ein gültiges Testament errichtet, so ist natürlich eine Substitution

---

[1]) vgl. Thibaut Bd. 5 S. 341; Mackeldey § 671.

[2]) Arch. f. civ. Prax. Bd. 12 S. 254.

[3]) Windscheid § 560 Anm. 7.

[4]) vgl. Puchta § 479, a. E.; Hüffer S. 34. Mühlenbruch Bd. 41 S. 28 ff., Hüffer a. a. O. S. 46. vgl. Sintenis § 176 Anm. 1 II, 4.

[5]) vgl. § 1 i. f. J. II, 16.

durch den Ascendenten dadurch ausgeschlossen[1]). Gleichfalls erklärt l. I. J. cit., daß das Testament, welches ein Wahnsinniger per id tempus, quo furor eius intermissus est, gültig errichtet, auch bei Bestand bleibt. Hat er also testiert, dann erlischt folgeweise auch die Substitution. Zweifelhaft ist aber der Fall, wenn ein Wahnsinniger nach Eintritt der Zurechnungsfähigkeit wieder in seine Krankheit verfällt und darin stirbt, ohne das lucidum intervallum zu einer Testamentserrichtung benützt zu haben?

Donellus behauptet, daß in diesem Fall die erloschene Substitution wieder wirksam werde[2]); aber dieser Meinung widersprechen einerseits der Grundsatz, daß einem nur periodisch Geisteskranken nicht substituiert werden kann, andererseits die ausdrücklichen Worte Justinians: „si postea resipuerint, talis substitutio cesset", sowie schließlich die Regel, daß ein einmal zerstörtes Testament nicht von selbst wiederhergestellt wird[3]).

Desgleichen wird auch die exemplarische Substitution dadurch aufgehoben, daß dem Wahnsinnigen oder dem Substituenten nachträglich ein suus heres geboren wird[4]).

d) Sodann müssen die Ascendenten, wie bei der Pupillarsubstitution, sich selbst ein Testament machen und einen Erben ernennen. Wenn v. Löhr a. a. O. S. 112 und Dernburg[5]) dies bestreiten, so wird ihnen wohl entgegengehalten werden können, daß, wenn zwar ein Testament nicht dazu erforderlich ist, um den Pflichtteil zu hinterlassen, Justinian doch sicher an ein Testament bei seiner Ausdrucksweise in c. 9 C. cit. gedacht haben wird (ut occassione huius-modi substitutionis .... querela nulla contra testamentum eorum oriatur)[6]). Außerdem sprechen für unsere Ansicht sowohl die Analogie der Pupillar-

---

[1]) l. 1. J. II, 12.

[2]) Comment. jur. cio. lib. VI c. 27.

[3]) vgl. c. 9. C. cit. vgl. Glück S. 35 no. 8; Düffer a. a. O. S. 48.

[4]) vgl. l. 43 pr. D. 28,6; Sintenis § 176 a. E.

[5]) Dernburg III, § 90 zu 7.

[6]) vgl. Windscheid § 560 Anm. 5. Köppen § 82 III; Unterholzner l. c. S. 55. Mühlenbruch XLI S. 3; Düffer S. 34.

substitution als auch die Worte in c. 7 C. V, 70: nostra constitutio, quam promulgavimus de his, quae furioso in testamento relinquenda sunt . . . . . in suo robore permaneat. Es ist demnach wie bei der Pupillarsubstitution das väterliche Testament das prinzipale, das für den Wahnsinnigen pars et sequela desselben.

e) Bestritten ist ferner die Frage, ob auch dem enterbten Sohne quasipupillariter substituiert werden kann? Nach Mühlenbruchs Ansicht[1]) darf dem Erblasser die Befugnis nicht abgesprochen werden, eine, vor dem Eintritt des Wahnsinns verschuldete Enterbungsursache geltend zu machen, da aber im Gesetz Justinians ausdrücklich steht, daß der Pflichtteil dem Wahnsinnigen hinterlassen werden soll, und da doch diese Konstitution auch zu Gunsten des Wahnsinnigen eingeführt ist, so wird wohl dahin entschieden werden müssen, daß der Wahnsinnige stets im Testament, wenigstens auf den Pflichtteil eingesetzt werden muß, damit dasselbe gültig ist[2]).

f) Auch die rechtliche Natur dieser Substitution ist nicht übereinstimmend anerkannt worden. So behaupten die einen, daß sie sich nur auf das Vermögen, welches der Substituent dem Wahnsinnigen hinterlassen habe, erstrecke[3]); und zwar handle es sich nach der Ansicht eines Teils derselben nicht um eine Erbeseinsetzung, sondern um eine fideikommissarische Substitution, nach der Auffassung des anderen Teils aber um eine direkte Erbeseinsetzung, jedoch nur auf die dem Geisteskranken von dem Ascendenten deferierte Hinterlassenschaft.

Dem steht die herrschende Meinung gegenüber, wonach die Quasipupillarsubstitution die Berufung eines oder mehrerer direkter Erben in den ganzen Nachlaß des Geisteskranken ist[4]); und zwar stützt sich diese Ansicht auf folgende Gründe:

[1]) vgl. Glück Bd. 41 S. 2.

[2]) vgl. Hüffer S. 39; Düffer S. 35; Sintenis § 176,2; Mackeldey a. a. O. § 671.

[3]) vgl. Unterholzner i. Arch. Civ. Pr. II S. 52 ff.; v. Löhr das. V S. 115 ff. u. IX S. 99 ff.; Puchta § 479, v. Vangerow § 456 Anm.

[4]) vgl. Mühlenbruch S. 8 ff.; Sintenis § 176; Thibaut a. a. O. Bd. V S. 337, X S. 217; Brinz § 375 Anm. 10; Francke S. 463 ff., Düffer S. 18 ff., Hüffer S. 10 ff.; Dernburg § 90 S. 172; Köppen § 82.

1. Zunächst ist hervorzuheben, daß auch das schon vordem privilegienweise errichtete Testament (vgl. l. 43 pr. D. 28,6) als Testament für den Geisteskranken galt, und die darin angeordnete Substitution als ordentliche Erbeseinsetzung auch in das Vermögen des mutus angesehen wurde. Bei der Verallgemeinerung dieses Privilegs hätte aber Justinian doch sicherlich ausdrücklich eine solche wichtige Aenderung desselben hervorgehoben.

2. Sodann enthalten die Quellen doch auch den deutlichsten Hinweis auf die Analogie der Pupillarsubstitution in den Worten[1]): liceat eisdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, ut occassione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur, und: liceat eis ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substitutione. Es sollen hiernach sicher die Bestimmungen der Pupillarsubstitution für die exemplarische maßgebend sein, nur mit der Beschränkung des Substituenten in der Auswahl der Substituten.

3) Schließlich wäre noch zu erwähnen, daß auch die Aufnahme der Konstitution in die Titel des Codex über Erbeseinsetzungen und Erbsubstitutionen zur Bestätigung der herrschenden Meinung nicht wenig beiträgt.

In der Wahl des Substituten ist der Ascendent jedoch nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes insofern beschränkt, als er beim Vorhandensein geistig gesunder Descendenten des Wahnsinnigen diese oder einige oder einen derselben substituieren muß. In Ermangelung dieser Erben muß er seine eigene Descendenz in der vorgeschriebenen Weise berücksichtigen, und erst, wenn auch diese fehlt, ist er nicht mehr gebunden. Francke S. 463 ff. ist jedoch der Ansicht[2]), daß der Testator nicht nur einem oder dem anderen, sondern sämtlichen Kindern des Wahnsinnigen den Pflichtteil hinterlassen müsse, da dies doch auch der im Anfang hervorgehobenen Humanität entspräche. Außerdem hätte Justinian ein so exorbitantes Recht wie die Entziehung des Pflichtteils wohl aus-

---

[1]) c. 9 C. cit. § 1 J. II, 16.
[2]) Francke a. a. O. S. 463 ff.

drücklich verordnen müssen; ferner habe er die Querel nur für den Fall ausdrücklich ausgeschlossen, daß der Ascendent weiter keine Nachkommenschaft habe; daher sei dieselbe natürlich zulässig, sobald noch Descendenten vorhanden seien. Dagegen erklärt sich Mühlenbruch, und zwar stützt er seine Ansicht auf den Wortlaut des Gesetzes[1]). Hätte Justinian auch die übrigen Noterben des Wahnsinnigen sicher stellen wollen, so hätte er dies ja leicht ausdrücken können, wo er doch schon die Forderung gestellt hätte, daß denselben der Pflichtteil hinterlassen werden müßte. Außerdem käme der Hinweis auf die Analogie der Pupillarsubstitution auch hier in Betracht, wo doch erklärt werde, daß das Noterbenrecht durch die Substitution ausgeschlossen sei[2]).

Wir werden demnach wohl annehmen, daß eine Berücksichtigung aller Descendenten nicht erforderlich gewesen ist.

g) Da der Ascendent dem zum Erben eingesetzten Descendenten sowohl für den Fall, daß dieser ihn überhaupt nicht beerbt, als auch für den Fall, daß er ihn beerbt und im Wahnsinn verstirbt, einen Substituten ernennen kann, so wird man nach Analogie der Pupillarsubstitution auch hier die Rechtsvermutung aufstellen können, daß, wenn auch nur der Fall der Vulgarsubstitution genannt, doch derjenige der Quasipupillarsubstitution darin enthalten sei sowie umgekehrt dieser in jener. Natürlich kann dies nur unter den Beschränkungen des c. 9 C. zutreffen.

h) Sind mehrere Grade von exemplarischen Substitutionen gemacht, so findet auch hier entsprechend der substitutio pupillaris die Regel: substitutus substituto est substitutus instituto keine Anwendung.

i) Die Fälle, in denen die Quasipupillarsubstitution erlischt, sind kurz folgende:

1. die Genesung des Wahnsinnigen;
2. Die Geburt eines geistig gesunden Noterben, sei es des Wahnsinnigen oder des Substituenten, der im Testamente hätte berücksichtigt werden müssen;

[1]) Mühlenbruch a. a. O. S. 6.
[2]) vgl. Düffer, S. 38 ff.

3. Tod des Substituten vor dem des Geisteskranken oder Tod des letzteren vor dem des Testators;
4. Nichtigkeit des Testaments des Substituenten;
5. Indignität des Substituten und andere Gründe, welche für die Pupillarsubstitution aufhebende Wirkung haben.

k) Man hat die Befugnis zur Quasipupillarsubstitution auch auf verwandte Fälle ausdehnen wollen[1]); aber das würde den Vorschriften des jus singulare widersprechen. Ist ein Kind aus anderen Gründen (Taubstummheit, Verschwendung) testierunfähig, so kann ihm der Vater nur mit landesherrlicher Erlaubnis einen Erben ernennen. Und diese Erbeseinsetzung wird nicht nur durch Aufhebung des Zustandes der Testierunfähigkeit, sondern auch schon dadurch ungültig, wenn dem Descendenten eine Noterbe geboren wird[2]).

Bürgerliches Recht.

A) Nachdem wir im Vorstehenden die römischen Grundzüge der Ersatzerbfolge betrachtet haben, wollen wir uns nunmehr der Besprechung derselben im bürgerlichen Recht zuwenden.

Es ist gleich zu Anfang hervorzuheben, daß zwei Arten der römischeu Substitution, die Pupillar- und die Quasipupillarsubstitution, welche sich noch im preußischen A. L. R. II,2 § 521 ff. sowie im sächsischen Gesetzbuch § 2203 ff. vorfanden, in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übernommen sind, da sie dem für das bürgerliche Recht aufgestellten Grundsatz: „Der Erblasser kann ein Testameut nur persönlich errichten“ widersprechen[3]). Was das dem Kinde zu hinterlassende Vermögen anbetrifft[4]), so kann der Vater ja durch

[1]) l. 1 § 2 D. 50,17.
[2]) l. 43 pr. D. 28,6.
[3]) vgl. § 2064 B. G. B. Entw. I. 1911, II a 1937, II b 2041, III 2039.
[4]) vgl. Planck zu § 2064,1.

Anordnung einer Nacherbfolge über das spätere Schicksal desselben für den Fall Bestimmungen treffen, daß das Kind das Alter der Testamentsfähigkeit (nach B. G. B. § 2229 das sechzehnte Lebensjahr) nicht erreichen oder aus anderen Gründen zur Errichtung eines Testaments unfähig sein sollte [1]); bezüglich des eigenen Vermögens des Kindes aber würde sich die Befugnis des Vorfahren, für das Kind eine Verfügung von Todes wegen zu treffen, mit der Auffassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von dem Recht der elterlichen Nutznießung nicht vereinigen lassen, abgesehen davon, daß auch schon im bisherigen Recht die praktische Bedeutung des Instituts fast gänzlich verloren gegangen ist. Es bleibt demnach für unsere Betrachtung nur die Vulgarsubstitution übrig.

In dem „Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes" von Dr. von Schmitt (1879) finden wir auch in den §§ 60 bis 68 die Grundzüge zusammengestellt, nach welchen die Ersatzerbfolge des bürgerlichen Rechts ihre Regelung erfahren sollte [2]). Dieser Teilentwurf hat dann in dem Entwurf erster Lesung von 1888 seine Aufnahme gefunden und ist mit einigen Abänderungen durch die zweite (1891—1895) und dritte (1896) Kommission in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden. Da sich hinsichtlich der vorliegenden Frage wenig im Laufe der Kommissionsverhandlungen geändert hat, so können wir gleich das Endergebnis im bürgerlichen Gesetzbuch betrachten und etwaige Abweichungen von den einzelnen Entwürfen kurz hervorheben.

B. Der Ersatzerbe ist derjenige Erbe, der vom Erblasser für den Fall eingesetzt ist, daß ein Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt [3]). Durch diese Ersatzberufung ist daher der Erblasser in der Lage, seine Beerbung auf Grund des Testaments zu sichern und zu verhüten, daß die gesetzlichen Erben, insbesondere aber der Fiskus sein Ver-

---

[1]) vgl. auch Enneccerus u. Lehmann Bd. II § 312. vgl. § 2230.
[2]) a. a. O. S. 11.
[3]) vgl. § 2096 B. G. B.

mögen erhalten. Wie bei der Erbeinsetzung ist auch beim Vermächtnis eine Ersatzberufung zulässig, und es finden dabei die für die Ersatzberufung geltenden Vorschriften der §§ 2097 bis 2099 entsprechende Anwendung[1]).

Den Ausdruck: „Ersatzerbe, Ersatzberufung" hat man im Gegensatz von anderen Gesetzbüchern (vgl. östr. und sächs. Gsb.: „Nacherbe"; bayr. Entwurf: „Erbstellvertreter") gewählt, „weil dieser den Gegensatz zur fideikommissarischen Substitution ohne weiteres andeutet und auch sonst der Reichsgesetzgebung nicht fremd ist (z. B. Ersatzgeschworener, Ersatzschöffe[2])."

1. Nach dem Entwurf erster Lesung soll die Ersatzberufung in zwei Fällen erfolgen, erstens, wenn die Einsetzung des zunächst berufenen Erben unwirksam ist, und zweitens, wenn sie unwirksam wird[3]). Dasselbe besagt aber wohl auch § 2096 B. G. B. mit den Worten: „ . . . für den Fall, daß ein Erbe vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt". Als Beispiel führen die Motive an und zwar für den ersten Fall: Tod des Eingesetzten vor dem Erblasser (§ 1923 B. G. B.), Erbverzicht (§ 2352) und Ausschlagung der Erbschaft (§ 1953) und für den zweiten Fall: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Einsetzung (§ 142), sowie Anfechtbarkeit wegen Erbunwürdigkeit (§ 2344)[4]). Dieses ist eine Neuerung gegenüber dem römischen Recht, da doch nach diesem bei Erbunwürdigkeit des Institutus nicht der Ersatzerbe, sondern gewöhnlich der Fiskus, eventuell auch die Kirche oder eine Person, wie sie z. B. Windscheid § 670b anführt, zur Erbschaft berufen wurde (vgl. oben S. 12 und Nov. 115c, 3 § 12, 13; c. 4 § 6)[5]). Schon das A. L. R. II 16 § 18 hat dieses Recht des Fiskus beseitigt und das Vermögen des Erblassers in einem solchen Falle demjenigen gegeben, zu dessen Gunsten die Einziehung geschah oder zu Gunsten der

---

[1]) vgl. 2190. v. Staudinger a. a. O. Anm. 5 (S. 386 ff.).

[2]) vgl. Teil-Entw. S. 171.

[3]) vgl. § 1800 Entw. I.

[4]) Motive V. S. 74.

[5]) Planck, Anm. 1 zu § 2096. v. Staudinger a. a. O. S. 386 Anm. 2, vgl. Peiser a. a. O. S. 46.

gesetzlichen oder sonst berufenen Erben[1]). Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt hierüber in § 2344, daß die Erbschaft demjenigen zufällt, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunmündige zur Zeit des Erbfalles nicht gelebt hätte, und daß der Anfall als mit dem Eintritt des Erbfalls erfolgt gelten soll.

Von diesen Fällen nun kann der Erblasser natürlich den einen oder den anderen ausschließen; hat er dies nicht getan, so bleibt es immer noch fraglich, was er beabsichtigt hat; stets aber ist sein mutmaßlicher Wille zu berücksichtigen[2]).

2. Ueber die Zulässigkeit der Ersatzberufung für einen wegfallenden Erben haben die Motive eine Vorschrift nicht für erforderlich gehalten, „da in den fraglichen Fällen stets eine gewöhnliche bedingte Erbeseinsetzung vorliege[3]), ausgenommen, wenn die letztwillige Verfügung dahin auszulegen sei, daß der gesetzliche Erbe eingesetzt sein solle[4]); im Bürgerlichen Gesetzbuch wird jedoch die Möglichkeit der Ersatzberufung für einen gesetzlichen Erben in § 2051,2 ausdrücklich anerkannt[5]). Ja, das B. G. B. kennt sogar eine gesetzlich vermutete Ersatzberufung, in dem Fall, wo die Einsetzung eines Ersatzerben mit der gesetzlich vermuteten Berufung des Abkömmlings eines weggefallenen bedachten Abkömmlings des Erblassers zusammentrifft[6]). Schon das A. L. R. enthielt Auslegungsregeln für derartige Fälle[7]); so sollen, wenn der eingesetzte Erbe ein Abkömmling des Testators und zur Zeit, wo für ihn ein Dritter als Erbe eingesetzt wurde, kinderlos war, dessen später zur Existenz gelangten Abkömmlinge vor dem Dritten als berufen gelten. Allerdings erbten die Abkömmlinge nach A. L. R. (vgl. II,2 § 443) in diesem Falle vermöge gesetzlicher Transmission[8]).

---

[1]) vgl. Koch a. a. O., § 870.
[2]) Peiser a. a. O. S. 46.
[3]) vgl. Motive S. 74.
[4]) vgl. v. Staudinger a. a. O. a. A. Planck, Anm. 1 zu § 2096.
[5]) vgl. Frommhold zu § 2096—2099. Note 1 a. E.
[6]) § 2069 B. G. B.
[7]) A. L. R. I, 12. §§ 531, 538, 539.
[8]) vgl. Koch a. a. O. § 863 a. E.

3. Während nach römischem Recht allgemein anerkannt war, daß die Vulgarsubstitution eine Berufung unter gewillkürter Suspensivbedingung sei, daß infolgedessen der Substitut den Eintritt dieser Bedingung, d. h. den Wegfall des Instituierten erleben müsse[1]), so ist diese Ansicht in das bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen worden[2]); v. Schmitt erwähnt unter den Erlöschungsgründen für die Ersatzberufung auch den, wenn der Ersatzerbe vor dem Eintritt des Substitutionsfalles stirbt (vgl. § 2937 Entw.), und stellt sich somit auf den römischen Standpunkt. Auch im bürgerlichen Gesetzbuch ist der Ersatzerbe unter der aufschiebenden Bedingung des Wegfalls der vom Erblasser in erster Linie gewollten Erben eingesetzt; es herrscht jedoch Streit darüber, ob diese Bedingung eine eigentliche oder eine sogenannte Rechtsbedingung ist?

Planck, Meischeider und Cosack vertreten die Ansicht[3]) daß es sich um eine wirkliche Bedingung handele. „Diese Bedingung habe aber", wie Planck a. a. O. ausführt, „die Eigentümlichkeit, daß sie zur Zeit des Erbfalls, also zu derjenigen Zeit, in welcher die letztwillige Verfügung wirksam werde, immer entweder bereits eingetreten sei, oder, falls sie erst später eintrete, als in jenem Zeitpunkt bereits eingetreten fingiert werde, je nachdem der zunächstberufene Erbe vor oder nach dem Erbfall wegfalle. Kraft Gesetzes (§§ 1953, 2344) werde in dem letzteren Falle das Verhältnis so angesehen, wie wenn der zunächst berufene Erbe den Erbfall nicht erlebt hätte. Habe der Ersatzerbe also den Erbfall erlebt, so werde kraft jener Fiktion angenommen, daß er auch den Wegfall des zunächst berufenen Erben, mithin den Eintritt der Bedingung, unter der er eingesetzt sei, erlebt habe. Hiernach stehe die Vorschrift des § 2074 der Annahme, daß der Anfall an den Ersatzerben mit dem Eintritt des Erbfalls erfolge, keinesfalls entgegen. Zu demselben Ergebnisse gelange man auch, wenn

---

[1]) vgl. Windscheid § 557 Anm. 2; Dernburg § 88,10 (l. 81 D. 29,2; l. 23 D. 28,6.)

[2]) Teilentw. S. 171 ff.

[3]) Planck V S. 266 Anm. 2; Meischeider § 59 i. M.; Cosack § 371.

man die Bedingung, daß der zunächst berufene Erbe wegfalle, überhaupt nicht als rechtsgeschäftliche Bedingung, sondern als condicio juris auffasse. Selbstverständlich könne übrigens der Erblasser ausdrücklich bestimmen, daß der Ersatzerbe nur für den Fall berufen sein solle, wenn er den Wegfall des zunächst Berufenen erlebt habe. Wenn solche Bestimmung auch stillschweigend getroffen werden könne und aus dem Zusammenhange der letztwilligen Verfügung zu entnehmen sei, so spreche die Vermutung aber nicht dafür, vielmehr werde die Ersichtlichkeit des auf eine solche Bestimmung gerichteten Willens des Erblassers stets erforderlich sein. Lasse sich ein solcher Wille nicht ermitteln, so übertrage der Ersatzerbe nach dem bürgerlichen Gesetzbuch sein Recht auf seine Erben, wenn er in der Zwischenzeit zwischen dem Erbfall und dem Wegfall des zunächst eingesetzten Erben sterbe".

Wenn Strohal S. 93 sagt[1]), „die Ersatzberufung gehöre mit zu denjenigen Fällen, bei welchen die Berufung einer Person zur Erbfolge von der condicio juris abhängig sei, daß eine vorberufene Person nicht zur Erbfolge gelange: es verhalte sich also genau so mit der Ersatzberufung wie mit der eventuellen Berufung des gesetzlichen Erben bei Vorhandensein eines zunächst berufenen gewillkürten Erben, oder wie mit der eventuellen Berufung eines entfernteren gesetzlichen Erben beim Vorhandensein eines zunächst berufenen näheren gesetzlichen Erben", so kann ihm wohl mit Recht entgegengehalten werden, daß nach der Definition der Rechtsbedingung[2]) als einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von welchem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden abhängig ist, von einer condicio juris bei dem Ersatzerben nicht die Rede sein kann. Denn nicht von Gesetzeswegen, sondern doch durch den Willen des Erblassers ist das Erbewerden des Ersatzerben von dem Nichterbewerden oder -bleiben des Voreingesetzten abhängig gemacht[3]). Dasselbe Ergebnis

[1]) Deutsches Erbrecht, 2. Aufl. S. 93.
[2]) vgl. Neumann, Handausg. des B. G. B. I, S. 84.
[3]) vgl. Köpcke a. a. O. S. 8.

erhalten wir, wenn man die Windscheidsche Definition der Rechtsbedingung zu Grunde legt: daß sie diejenige Bedingung sei, die auf einen Umstand gestellt ist, der zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist, auch ohne daß er zur Bedingung erhoben wird[1]).

Wenn in den Motiven zwar die Ersatzerbeinsetzung der bedingten Erbeinsetzung gegenüber gestellt wird[2]), so geschieht dies doch nur insoweit, als die Ersatzberufung begrifflich im Zweifel doch alle Fälle des Wegfalls des zunächst Berufenen umfaßt[3]); dagegen nehmen die Protokolle der zweiten Kommission zu dieser Frage gar keine Stellung[4]). Von Bedeutung wird dieselbe aber, wenn es sich um die Vererblichkeit des Rechts aus der Ersatzberufung handelt. Nach § 2074 B.G.B. ist die Vererblichkeit in der Regel nicht vorhanden, wenn nicht der entgegengesetzte Wille des Erblassers feststeht[5]), obwohl im allgemeinen jedes bedingte Recht auch vererblich ist. Handelt es sich nur um den Fall[6]), daß dem eingesetzten Erben ein Ersatzerbe berufen ist, so ist sowohl bei Annahme der gewillkürten — denn auch auf diese kommt infolge der gesetzlichen Rückwirkung aus den §§ 1953, 2344 bis zum Erbfall der § 2074 nicht zur Anwendung — als auch der Rechtsbedingung die Vererblichkeit unbestritten. Ist der Ersatzerbe aber einem Nacherben bestimmt, dann muß sich wohl notgedrungen ein anderes Resultat nach der einen und nach der anderen Ansicht ergeben, da doch in diesem Fall die Rückwirkung nur bis zum Wegfall sich beziehen kann. Es würde also das Recht des Ersatzerben bis zum Nacherbfall unvererblich, von da ab aber vererblich sein[7])! Nimmt man jedoch eine wirkliche Bedingung an, dann besteht die

---

[1]) vgl. Windscheid, Bd. I S. 392 zu Anm. 7; vgl. Endemann III § 35 No. 3 S. 154, Boehm a. a. O. S. 39 ff.

[2]) Motive S. 74 ff.

[3]) vgl. aber Mot. S. 78 1, Abs. i. M.

[4]) Prot. Bd. I S. 185 zu § 140, Bd. V S. 76 zu 1800 ff.

[5]) Entw. I, § 132.

[6]) vgl. Planck Bd. I S. 205 Anm. 6.

[7]) vgl. Köpcke a. a. O. S. 45 ff.

Vererblichkeit unverändert vom Erbfall an fort, wenn nicht die Vermutung des § 2074 Platz greift; denn die Rückwirkung der §§ 1953, 2344 tritt auch bei dem einen Nacherben eingesetzten Ersatzerben ein[1]). Selbstverständlich kann der Erblasser auch ausdrücklich bestimmen, daß der Ersatzerbe den Wegfall des Voreingesetzten erleben soll.

4. Insofern der Ersatzerbe als Erbe berufen ist, finden auch die allgemeinen Grundsätze über die Erbeinsetzung auf seine Berufung entsprechende Anwendung. So kann derselbe sowohl im Testament (§ 2096) als auch in einem Erbvertrage (§ 1941, § 2278) berufen werden; auch muß er zur Zeit des Erbanfalls leben oder doch bereits erzeugt sein (§ 1923).

5) Bezüglich der Beschwerung mit Vermächtnissen und Auflagen wird man wohl im Zweifel annehmen müssen, daß diese sich auch auf den Ersatzerben beziehen[2]) (§ 2161 und § 2192), wenn der Erblasser nicht etwa für diesen Fall anderweitige Bestimmungen getroffen hat, oder sich das Gegenteil aus der Natur der Sache ergibt, wie z. B. bei Auflagen, die an die Person des Weggefallenen geknüpft waren.

Dagegen wird eine Bedingung, unter der die Einsetzung des Voreingesetzten erfolgt ist, nicht ohne weiteres auf die Ersatzberufung bezogen werden dürfen, da dieselbe doch eine selbständige letztwillige Verfügung des Erblassers ist[3]). Eine stillschweigende Wiederholung der Bedingung für den Ersatzerben wird man wohl mit Dernburg dann annehmen müssen[4]), wenn dem eingesetzten Erben eine Handlung zu Gunsten eines Dritten auferlegt war, die mit gleicher Wirkung auch von dem Ersatzerben vorgenommen werden kann[5]).

Ebenso ist bei Vorausvermächtnissen stets der Wille des Erblassers zu prüfen[6]). Soll mit dem Wegfall des zunächst

---

[1]) vgl. v. Staudinger a. a. O. S. 387; Peiser § 2 III, 6 S. 48; Binder a. a. O. 3 S. 201 No. 7.

[2]) vgl. Teilentw. zu § 63, A. L. R. I, 12 § 458; Mot. S. 77 l. Abs.

[3]) vgl. Förster a. a. O. § 251 No. 99.

[4]) Preuß. Priv.-Recht III § 155 a. E.

[5]) Mot. V, S. 78; A. L. R. I, 12 § 458.

[6]) v. Staudinger a. a. O. Anm. 3 Abs. 2 Anm. 4.

Berufenen auch der Wegfall des Vorausvermächtnisses erfolgen, und ist in der Ersatzerbeeinsetzung zugleich auch eine Zuwendung des Vermächtnisses nach § 2190 ersichtlich, so ist natürlich für den Uebergang auch des Vorausvermächtnisses zu entscheiden, im Zweifel aber wohl das Gegenteil anzunehmen[1]). Hierher gehört auch § 2051, 2 B.G.B. Hat der Erblasser für den wegfallenden Abkömmling einen Ersatzerben eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß dieser nicht mehr erhalten soll, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten würde. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Ersatzerbe ebenfalls ein Abkömmling des Erblassers ist oder ein Fremder[2]).

C. Mehrheit von Erben und Ersatzerben.

Der Erblasser kann sich mit einer Ersatzberufung begnügen; er kann aber auch mehrere Ersatzerben hintereinander berufen, für den Fall, daß einer oder der andere von ihnen gleichfalls wegfallen sollte. Es ist hier der römische Grundsatz: substitutus substituto est substitutus instituto beibehalten worden[3]), wenn er auch wegen seiner Selbstverständlichkeit nicht ausdrücklich im Gesetzbuch ausgesprochen ist. Der Ersatzerbe weiteren Grades gilt also nicht nur seinem unmittelbaren Vormann, sondern jedem der Vorberufenen, also auch beim Wegfall aller dem eingesetzten Erben des Erblassers substituiert, sodaß die Reihenfolge des Wegfalls gleichgültig ist[4]).

Hieran knüpfte sich im bisherigen Recht der Satz, daß wenn der weggefallene, zuerst berufene Ersatzerbe außerdem noch unmittelbar berufener Erbe war, dessen Ersatzerbe zugleich auch den Erbteil erhalte, auf welchen jener als Erbe eingesetzt war. (substitutus substituto qui simul est institutus, substitutus huic quoque censetur qua instituto.) Diese Regel ist noch in dem Teilentwurf § 67 erhalten, von dem Entwurf I aber nicht aufgenommen worden, „weil sie," wie die Motive

[1]) Planck Anm. 3 zu § 2096.
[2]) Planck zu § 2051 Anm. 3; Binder a. a. O. 3 S. 156, 157.
[3]) Prot. V. 76.
[4]) Entw. I § 1800, 2, Prot. VI S. 91.

(V S. 79 l. Abs.) sagen: „nicht einmal als Auslegungsregel als richtig anerkannt werden kann". Es ist vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden und im Zweifel sogar gegen die Annahme einer solchen stillschweigenden Ersatzberufung, da im B.G.B. keine Vorschrift darüber besteht[1]).

Der Erblasser kann aber auch, wie im römischen Recht mehrere Ersatzerben nebeneinander an die Stelle eines und desselben zunächst berufenen Erben einsetzen; in diesem Fall erhalten die Ersatzerben, wenn die Teile vom Erblasser nicht bestimmt sind, gemäß § 2091 B.G.B. im Zweifel Kopfteile von dem ausfallenden Erbteil[2]).

Sind in einem Testament mehrere Erben eingesetzt und entweder gegenseitig oder für einen derselben alle übrigen zu Ersatzerben bestellt, so finden auf diese die Auslegungsregeln des § 2098 Anwendung, welche schon im römischen Recht gelten: In diesen beiden Fällen nämlich sollen die mehreren Ersatzerben im Zweifel nach dem Verhältnis ihrer ursprünglichen Erbteile zu dem freiwerdenden Erbteil berufen sein[3]). Dies entspricht wohl auch dem mutmaßlichen Willen des Erblassers. Ferner gehen die Erben, die auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind (vgl. 2093 B. G. B.) bei gegenseitiger Ersatzberufung aller Erben im Zweifel als Ersatzerben für diesen Erbteil den übrigen vor[4]).

Dagegen finden sich keine Bestimmungen für die Fälle, daß von mehreren Erben nur einige für einen oder mehrere Miterben als Ersatzerben eingesetzt sind, sowie daß neben den Miterben noch ein Fremder als Ersatzerbe berufen ist; vielmehr wird hier stets das richterliche Ermessen zu entscheiden haben, da eine gesetzliche Auslegungsregel absichtlich nicht gegeben ist[5]). Der Teilentwurf blieb in dem letzteren Fall

---

[1]) vgl. Planck V. S. 267,4 Anm. 4 zu § 2096; Enneccerus u. Lehmann § 312; v. Staudinger a. a. O. Anm. 2; a. M. Kuhlenbeck III § 10 S. 244 ff., Endemann III § 35 No. 8.

[2]) A. L. R. I, 12 § 536, 537.

[3]) Teil-Entw. § 65; Entw. I § 1803. Mot. V. S. 77. Prot. V S. 77 zu 1803.

[4]) § 2098, 2 B. G. B.

[5]) Mot. V S. 77 i. d. M. Planck zu § 2098 Anm. 1b. v. Staudinger a. a. O. Anm. 3. Peiser § 2 III 5 S. 48. Meischeider S. 212.

bei der Regel des römischen Rechts: „bei einem gemischten Verhältnis ein gemischter Maßstab“ [1]).

Ist nun ein Erbe gleichzeitig für einen Miterben als Ersatzerbe eingesetzt, so gilt auch im bürgerlichen Recht der römische Grundsatz, daß der Erbe für den Fall, daß er den Erbteil angenommen hat, auch die Ersatzerbquote nicht ausschlagen darf; es sei denn, daß die Berufung auf verschiedenen Gründen, also Testament und Erbvertrag oder mehreren zwischen dem Erblasser einerseits und verschiedenen Personen andererseits geschlossenen Erbverträgen, beruht oder daß der Erblasser gestattet hat, den einen Erbteil anzunehmen und den andern auszuschlagen [2]).

Hat der Erblasser die Miterben gegenseitig substituiert, so tritt in Ermanglung einer besonderen Bestimmung des Erblassers im wesentlichen derselbe Erfolg ein wie in den Fällen der gesetzlichen Anwachsung. Während im gemeinen Recht ein wesentlicher Unterschied für die Erben eines Miterben bestand, ob es wegen des nach dem Erbfall erfolgenden Wegfalls eines anderen Miterben zur Anwachsung oder Ersatzerbfolge kam, ist für das B. G. B. dieser Unterschied aufgehoben [3]). In beiden Fällen kommt der Wegfall eines Erben den Erben seines Miterben zu statten. Ein Unterschied zwischen beiden Instituten besteht jedoch darin, daß der einem Miterben infolge einer Ersatzberufung zukommende Erbteil, im Gegensatz zum anwachsenden Erbteil, welcher nur in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie der Ausgleichungspflicht nach § 2095 als besonderer Erbteil gilt, in jeder Beziehung als besonderer Erbteil angesehen wird, besonders auch bezüglich der Vorschriften über teilweise Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft [4]). (vgl. 1951 und vorigen Absatz a. E.) Da das Anwachsungsrecht auf dem Willen

[1]) vgl. Teil-Entw. § 66; l. 32 D. 28,6.

[2]) Planck zu § 2098 Anm. 3. § 1951,3.

[3]) vgl. Planck zu 2094 Erl. 3; Dernburg III § 88 Anm. 10, § 91 Anm. 6; Strohal S. 95; Mot. V S. 492 vorl. Abs. § 1953, § 2344, § 142 B. G. B.

[4]) v. Staudinger a. a. O. Anm. 4.

des Gesetzes beruht, die Ersatzerbeinsetzung aber auf dem ausdrücklich hierauf gerichteten Willen des Testators, so muß, wie schon im allgemeinen die gesetzliche Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen wird, so auch das gesetzliche Anwachsungsrecht durch das auf dem Willen des Erblassers beruhende Recht der Ersatzerben ausgeschlossen werden.

Fraglich ist jedoch die Entscheidung, wenn mehreren Erben ein Ersatzerbe bestimmt ist? Soll dieser erst eintreten, wenn sämtliche Miterben weggefallen sind, oder schon dann, wenn einer derselben wegfällt? Das Gesetzbuch schweigt hierüber; es wird daher auch hier der mutmaßliche Wille des Testators zu prüfen und danach im Einzelfall zu entscheiden sein[1]).

Ist jedem Erben ein besonderer Ersatzerbe berufen, so erhält dieser selbstverständlich den Erbteil seines Voreingesetzten, und es tritt keine Anwachsung an die Miterben ein.

D. Bereits in dem Teilentwurf wurde in § 61 der Satz aufgestellt: Wer als Nacherbe berufen ist, geht, wenn beim Verfall der Einsetzung des Vorerben die Gesetzeserben einzutreten hätten, im Zweifel diesen als Ersatzerbe des Erstberufenen vor. Ist zweifelhaft, ob die Ernennung zum Ersatz- oder Nacherben beabsichtigt war, so streitet die Vermutung für erstere[2]). Und zwar wird diese Vorschrift damit begründet, daß doch der Erblasser durch diese Einsetzung den Nacherben auch den gesetzlichen Erben unbedingt habe vorziehen wollen[3]); es sei denn, daß der Erblasser unzweifelhaft nur fideikommissarisch habe substituieren wollen. Die Auslegungsregel des Absatzes 2 wurde damit begründet, daß Belastungen eines Eingesetzten, also auch die Belastung mit einem Fideikommiß im Zweifel nicht anzunehmen seien[4]).

---

[1]) vgl. Dernburg: Priv.-R. III § 130 Anm. 10 § 155 Anm. 9 A. L. R. I, 12. § 459; (vgl. Strohal § 26, No. 34).

[2]) Teil-Entw. § 66 S. 11.

[3]) vgl. A. L. R. I, 12 § 58.

[4]) A. L. R. I. 12 § 59. Mot. V. S. 75, S. 76 Abs. 2. Entw. I. § 1802.

Diese Sätze wurden sowohl von der ersten sowie zweiten Kommission gebilligt — letztere hielt die Aufnahme von Absatz 2 auch deswegen für zweckmäßig, weil man nicht sicher sei, daß die technischen Bezeichnungen „Nacherbe“ und „Ersatzerbe“ in letztwilligen Verfügungen immer richtig auseinander gehalten würden — und haben auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden. Hat nämlich der Erblasser mit der Einsetzung von Erben die Ernennung von anderen Personen, die unter gewissen Voraussetzungen (dazu gehört nicht nur der Tod des Vorerben, sondern auch ein anderer Zeitpunkt oder ein anderes Ereignis, das zur Zeit des Erbfalls noch nicht eingetreten ist oder überhaupt erst gewisse Zeit nach dem Erbfall eintreten kann, da in solchem Falle anzunehmen ist, daß die Beschränkung nur zu Gunsten des zum Vorerben Berufenen beigefügt ist und daher mit dessen Wegfall hinfällig wird) seine Erben werden sollen, verbunden, so soll im Zweifall nach § 2102 angenommen werden, daß diese Einsetzung als Ersatzerbeinsetzung anzusehen ist[1]).

E. Was die im römischen Recht dem Ersatzerben gegebene Befugnis anbelangt, dem Erben eine Frist zu einer Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft durch den Richter bestimmen zu lassen, so fällt dieselbe im B. G. B. von selbst fort durch die Bestimmung des § 1944[2]). Diese gesetzliche Ueberlegungsfrist des § 1944 hat aber nach neuem Recht die Bedeutung einer Ausschlußfrist für die Ausschlagung. Der Erbe also, der die Frist versäumt, bleibt Erbe; denn mit dem Ablauf der Frist gilt die Erbschaft als angenommen. Wie also im älteren römischen Recht das Annahmerecht im Wege der Transmission vererblich war, so ist nach § 1952 B. G. B. das Ausschlagungsrecht vererblich[3]). Stirbt also der Erbe nach dem Erbfall während dieser Frist,

---

[1]) vgl. Planck zu § 2102 Abs. 1.

[2]) Pr. R. Dernburg Bd. III § 22. § 1944 B. G. B.

[3]) § 1943. Entw. I § 2029, II a § 1820, II b § 1921, III 1919; Mot. V 494; Prot. V. S. 620.

ohne sich erklärt zu haben und nehmen seine Erben die Erbschaft an, so bleibt der Ersatzerbe ausgeschlossen [1]).

Aus § 1943 Abs. 1 ergibt sich auch, daß die Annahmeerklärung unwiderruflich ist; da keine gegenteilige Bestimmung über die Ausschlagung vorhanden ist, wird man wohl auch für diese ein Gleiches annehmen können [2]). Allerdings unterliegen beide, wie jede andere Willenserklärung, der Anfechtung, und es lebt mit einer etwaigen Rescission der Ausschlagung infolge Zwangs usw. das Recht des Ausschlagenden wieder auf [3]).

Auch bestimmt das Gesetz nicht ausdrücklich, ob sich der Ersatzerbe bereits vor Eintritt der Ersatzberufung über Annahme oder Ausschlagung seinerseits gültig erklären kann. Man könnte ihm vielleicht das Recht einräumen mit Bezugnahme auf die §§ 1946 und 2142 B. G. B., wonach dasselbe den Erben und Nacherben zusteht. Wenn nämlich die Rückziehung der §§ 1953, 2344 eintritt, so gilt der Ersatzerbe doch schon von dem Erbfall an als Erbe und als solcher hat er ja ein Recht zur Annahme und Ausschlagung [4]).

Zwar bestimmte Entwurf I § 2033, daß vor Beginn der Ausschlagungsfrist die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft unzulässig sei, aber schon Entwurf II erklärte die Annahme bezw. Ausschlagung nach Eintritt des Erbfalls für zulässig [5]). Diese Bestimmung findet sich auch in § 1946 B. G. B.; und man wird wohl diesen Paragraphen auch für die bedingt eingesetzten Erben gelten lassen müssen, da doch kein Grund vorhanden ist, daß nicht ein bedingt Berechtigter sich schon während des Schwebens der Bedingung über Annahme oder Ausschlagung des ihm zustehenden Rechts gültig erklären könne [6]).

---

[1]) vgl. § 158 B. G. B.

[2]) Entw. § 2039. vgl. § 1954 bis 1957 B. G. B.

[3]) § 310 Teilentwurf.

[4]) vgl. Entw. I, 1832,2, 2033.

[5]) Mot. V S 503, 504.

[6]) vgl. Strohal § 61 S. 300. Anm. 6. Frommhold zu 1946. S. aber auch Endemann III § 79 (S. 345). Anm. 10.

F. Wie im römischen und gemeinen Recht für den Fall, daß der Erblasser nur den einen oder anderen Fall des Nichterbewerdens des Instituten in seinem Testament angeführt, auch der andere mit einbegriffen galt, so gilt dies auch im bürgerlichen Recht. Bereits in § 60 des Teilentwurfs ist dies hervorgehoben: mit der Begründung, daß doch der Erblasser durch die Ersatzberufung das Ausfallen eines Erbteils verhindern wolle und eben für alle Fälle des Nichteintritts des vorangehenden Berufenen, gleichviel ob dieser Nichteintritt auf Nichtkönnen oder Nichtwollen beruhe, die Ersatzberufung beabsichtigt habe, wenn er auch nur einen dieser Fälle erwähnt habe[1]).

Dieselbe Vorschrift findet sich auch im Gesetzbuch, wo es im § 2097 heißt: Ist jemand für den Fall, daß der zunächst berufene Erbe nicht Erbe sein kann oder für den Fall, daß er nicht Erbe sein will, als Ersatzerbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er für beide Fälle eingesetzt ist

G. Als Erlöschungsgründe für die Ersatzerbfolge im bürgerlichen Recht können wir zum Schluß noch einmal kurz erwähnen:

1. Wenn der Ersatzerbe nicht annehmen will,
2. wenn er vor dem Erblasser stirbt,
3. wenn die der Ersatzberufung etwa beigefügte Bedingung defiziert, und endlich
4. wenn der Voreingesetzte Erbe wird und bleibt; bleibt er es aber nicht, so richtet sich sein Verhältnis zum Ersatzerben während dieser Zeit gemäß § 1959,1 nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag.

---

[1]) v. Staudinger a. a. O. Anm. 3a.